مدى دستورية حرية الإدارة فى التعاقد

دراسة مقارنة

دكتور

شريف يوسف خاطر

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الحقوق جامعة المنصورة

دار الفكر و القانون

المنصورة

ت : ٠٥٠/٢٢٣٦٢٨١ موبيل : ٠١٠٠٦٠٥٧٧٦٨

مدى دستوريـــــــــة

حرية الإدارة في الـتعاقد

دكتور
شريف يوسف خاطر
أستاذ القانون العام المساعد
كلية الحقوق – جامعة المنصورة

٢٠١٣

دار الفكر والقانون
المنصورة
ت : ٠٥٠/٢٢٣٦٢٨١
محمول : ٠١٠٠٦٠٥٧٧٦٨

اسم الكتاب : مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد

اسم المؤلف: دكتور / شريف يوسف خاطر

الطبعة الأولى

سنة الطبع : ٢٠١٣

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية : ١٤٦٩٠

الترقيم الدولي: 978-977-6253-61-4

الناشر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيـــــع

١ ش الجلاء أمام بوابة الجامعة برج آية

تليفكس : ٠٠٢٠٥٠٢٢٣٥٦٧١ تليفون : ٠٥٠٢٢٣٦٢٨١

محمول ٠٠٢٠١٠٠٦٠٥٧٧٦٨

dar.elfker@Hotmial.com

المحامي / أحمد محمد أحمد سيد أحمد

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَمَا أُوتِيتُم مِّنَ الْعِلْمِ إِلاَّ قَلِيلاً﴾

صدق الله العظيم

(سورة الإسراء من الآيـــة ٨٥)

مقدمة عامة

يشكل مبدأ حرية التعاقد أحد المبادئ الأساسية التـــي تـــسود العلاقـــات التعاقدية سواء في مجال القانون الخاص[١] أم في مجال القانون العام، حيـــث يرتد هذا المبدأ، خاصة في مجال القانون الخاص، إلي فكرة الإرادة الفرديـــة باعتبارها صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود، دون الالتزام بالعقود التي نظمها القانون، وفي تحديد مضمونها وما يترتب عليها من آثـــار وتعـــديلها وإنهائها، ولا يحد من هذه الإرادة سوى اعتبارات النظـــام العـــام[٢]. فمبـــدأ سلطان الإرادة يعتبر من أقدم المبادئ وأهمها كأساس لحرية التعاقد في مجال القانون الخاص بصفة عامة، وفي مجال القانون العام بصفة محدودة.

حيث يمكن للفرد في إطار أحكام القانون الخاص أن يتعاقد كيفما شـــاء ويبرم ما يشاء من العقود، ويملك تحديد مضمون العقد وما يترتب عليه مـــن

---

(1) LEVENEUR (L.), " La liberté contractuelle en droit privé : les notions des base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...", AJDA, 1998, p. 676 et s.; le même auteur, "Le contrat: liberté contractuelle et sécurité juridique, n° spéc., LPA, 6 mai 1998, n°. 54; HASTINGS-MARECHADIER (A.), " Les contrats de droit prive des personnes publiques et la liberté contractuelle", AJDA 1998, p. 683.

(2) DE STREEL (A.), La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence, éd. Kluwer, p. 255.

آثار وإنهاؤه وذلك استنادا لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه على إطلاقه وبكل محاوره على العقود الإدارية التي تدخل في اطار أحكام القانون العام حيث تستهدف الإدارة من جراء تعاقداتها تحقيق المصالح الجماعية باعتبارها طرف يمثل المجموع، فالإدارة لا تمثل ذاتها ولا تسعى إلى تحقيق مصالح خاصة. ومن هذا المنطلق فقد نظم المشرع العلاقة بين الإدارة كسلطة عامة وبين الأفراد على أسس تختلف عن العلاقة بين الأفراد بعضهم البعض، فميز المشرع الإدارة بقدر من السلطة التقديرية وليس الحرية بمفهومها المستمد من مبدأ سلطان الإرادة حيث منحها بعض السلطات والامتيازات التي تعطى لها حرية الحركة والتصرف لمواجهة الواقع والتغييرات وذلك في اطار المشروعية والخضوع للرقابة القضائية.

فإذا كان الأصل العام في التعاقدات الخاصة هو تمتع الفرد بحرية التعاقد استنادا لمبدأ سلطان الإرادة، فإن الأصل في التعاقدات الإدارية هو تقييد الإدارة بضوابط المشروعية الإدارية أي تمتع الإدارة بسلطة مقيدة ضمانا لحماية مصالح المجتمع من احتمالات تعسف الإدارة، وأنه في الحالات التي تستوجب حماية المصالح الجماعية فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية على أن تمارسها في إطار من الضوابط التشريعية والقضائية.

ولكن الأمر لم يقتصر علي فكرة سلطان الإرادة كأساس لتبرير حرية التعاقد في اطار أحكام القانون الخاص وتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تعاقداتها الإدارية، حيث تتدخل المشرع سواء الدستوري أم العادي للنص علي

مبدأ الحرية بصفة عامة باعتباره مبدأ أساسيا في علاقات القـانون الخـاص والقانون العام.

إلي جانب ذلك كان للقضاء الإداري دور في الاعتراف بأهميـة مبـدأ حرية التعاقد وتمتع الإدارة بسلطة تقديرية وعدم تقييدها إلا بنص تـشريعي أو لاعتبارات تتعلق بالنظام العام والمصلحة العامة.

ولكن الإشكالية التي أثارت جدلا فقهيا وقضائيا تتعلـق بـصدور حكـم المجلس الدستوري الفرنسي في ٣ أغسطس ١٩٩٤ الذي تتضمن مبدأ جديداً، حيث قرر أنه "لا توجد قاعدة ذات قيمة دستورية تحمي مبدأ حرية التعاقد"(١).

"Aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle".

ولقد تقرر هذا المبدأ علي أثر طلب تقدم به ستين عضوًا مـن أعـضاء مجلس الشيوخ، استنادًا للمادة ٦١ من الدستور الفرنسي(٢)، يطلبون فيه إحالة

---

(1) Cons.const., n° 94-347 DC, 3 août 1994, JCP, 1995, II, n° 22404; ROUSSEAU (D.), Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1993-1994, RDP, 1995, p. 51.

(2) L'Article 61 de la constitution française dispose que; "Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la

المادة العاشرة من قانون الضمان الاجتماعي التكميلي للأجراء[١] إلى المجلس الدستوري، والذي يهدف إلى تنفيذ قرارات مجلس الاتحاد الأوروبي في هـذا الشأن[٢]. وتتضمن المادة العاشرة من هذا القانون حظرًا، يكاد يكون مطلقًـا، على أي مشروع أو مجموعة مشروعات أو فرع مهني، أن ينشئ، لـصالح العاملين فيه فقط، نظاما للمعاش التكميلي، إلا في حالات اسـتثنائية محـدودة للغاية، وبناءً على موافقة الوزير المختص بالتأمين الاجتماعي.

وتضمن الطلب المقدم من أعضاء مجلس الشيوخ أن الحكم الذي جاءت

Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil Constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil Constitutionnel suspend le délai de promulgation".

(1) LOI n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des Communautés Européennes, JORF n°184 du 10 août 1994 page 11655.

(2) Directives n° 92-49 et no 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des Communautés Européennes.

به المادة العاشرة من القانون سالف الذكر يعدُ مخالفًا للدستور، حيث يتضمن إخلالاً بمبدأ المساواة، ويشكل اعتداءً علي الحرية المهنية أو حرية الشراكة وحرية التعاقد، ويخالف هذا النص مبدأ مشاركة العمال في التحديد الجماعي لظروف العمل وإدارة المشروعات الذي نصت عليه الفقرة الثامنة من ديباجة دستور ١٩٤٦ والتي استمر العمل بها بمقتضى ديباجة دستور فرنسا الحالي الصادر عام ١٩٥٨.

ولكن المجلس الدستوري رد علي هذا الطلب بالرفض في حكمه الصادر في ٣ أغسطس عام ١٩٩٤ مؤكدًا علي أن حكم المادة العاشرة من القانون سالف الذكر لا يتضمن مخالفة لأحكام الدستور. وقد تضمنت أسباب قرار المجلس الدستوري ردًا علي ما أثاره أعضاء مجلس الشيوخ فيما يتعلق بحرية التعاقد، " ما من قاعدة ذات قيمة دستورية تحمى مبدأ حرية التعاقد".

ولقد أثار هذا الحكم جدلا كبير، سواء علي المستوى الفقهي أم القضائي في فرنسا، حيث ترددت أحكام المجلس الدستوري في الاعتراف بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد. على العكس من ذلك نجد أن المحكمة الدستورية العليا في مصر كان ومازال لها دور كبير في إرساء القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد.

ونظرا لأهمية هذا الموضوع، فإننا سوف نتناوله في ثلاث فصول: نتناول في الأول منه الأساس القانوني لحرية الإدارة في التعاقد، ثم نخصص الفصل الثاني لدراسة دور القضاء الدستوري في ارساء مبدأ حرية التعاقد،

والفصل الثالث نتناول فيه النظام القانوني لحرية الإدارة في التعاقد، وذلك من خلال الخطة التفصيلية الآتية:

خطة البحث:

الفصل الأول: الأساس القانوني لحرية الإدارة في التعاقد.

المبحث الأول: دور سلطان الإرادة في إرساء مبدأ حرية التعاقد.

المبحث الثاني: دور المشرع في إرساء مبدأ حرية التعاقد.

الفصل الثاني: دور القضاء الدستوري في ارساء مبدأ حرية التعاقد.

المبحث الأول: دور القضاء الدستوري الفرنسي في ارساء مبدأ حرية التعاقد.

المبحث الثاني: دور القضاء الدستوري المصري في ارساء مبدأ حرية التعاقد.

الفصل الثالث: النظام القانوني لحرية الإدارة في التعاقد

المبحث الأول: مظاهر حرية الإدارة في مرحلة التعاقد.

المبحث الثاني: مظاهر حرية الإدارة في مرحلة تنفيذ التعاقد.

الخاتمة.

قائمة المراجع.

قائمة المحتويات.

الفصل الأول

الأساس القانوني لحرية الإدارة في التعاقد

إن إرادة الإنسان تعتبر بلا شك أهم مظهر من مظاهر حريته، لذا نجـد أثرها الفعال في إبرام العقود الخاصة وتحديد مضمونها وآثارها، فالفرد لديه الحرية في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد. فالإرادة وحدها تكفي لإنشاء العقـود دون رسميات أو شكليات معينة، سواء كانت الإرادة منفـردة أم مقرونـة بـإرادة أخرى، فإنها تستطيع أن تنشئ عقودًا مسماة أو غير مسماة(١).

ولقد وصل مبدأ سلطان الإرادة إلي ذروة مجدة وازدهاره ابتـداءً مـن أواخر القرن السابع عشر حتى أواخر القرن التاسع عـشر، وذلـك نتيجـة لانتشار المذهب الفردي خلال هذه الحقبة من الزمن. حيث يقوم هذا المذهب علي إعلاء قيمة الفرد واعتباره محور القانون وأساسه. ولكن نتيجة لانتـشار المذاهب الاشتراكية التي تهتم بصالح الجماعة علي حساب صالح الفرد، ومن ثم تغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية في أوائل القرن العشرين بـسبب ظهور هذه المذاهب انتكس سلطان الإرادة، حيـث فرضـت قيـودًا شـكلية وموضوعية علي حرية التعاقد، سواء بهدف حماية الطرف الضعيف في العقد

---

(١) د/ حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة علي مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧، ص٢.

أم بهدف حماية المرافق العامة أم حماية النظام العام والآداب العامة. حيث تم تقييد الجهة الإدارية في تعاقداتها الإدارية بقيود تشريعية تهدف إلى حماية الصالح العام ومنحها المشرع قدر من الحرية التي تعطى لها حرية الحركة والتصرف لمواجهة الواقع والتغييرات وذلك في اطار المشروعية والخضوع للرقابة القضائية.

كما اعتنقت الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر مذهب الفقيه جان جاك روسو في نظرية العقد الاجتماعي التي تقوم علي إعلاء شأن الفرد واعتباره كياناً مستقلاً. حيث قامت الثورة الفرنسية تحت شعار الدفاع عن الحريات والحقوق الفردية للإنسان(١). وقد تمت صياغة هذا الشعار بصورة واضحة في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، حيث اعتبر أن للإنسان حقوقًا طبيعية أو حقوقًا فردية هي الحرية، والمساواة، والملكية، وحق الأمن، وحق مقاومة الظلم.

كما جاء النص في الإعلان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ علي أن الحرية تتمثل في القدرة على عمل كل ما لا يضر بالغير، ومن ثم فإن ممارسة كل إنسان لحقوقه الطبيعية لا ترد عليها حدود إلا تلك التي تضمن للآخرين التمتع بالحقوق ذاتها، وهذه الحدود لا يتم تحديدها إلا بمقتضى قانون.

---

(١) د/ حمدي عبد الرحمن، المدخل إلي القانون، دار الفكر العربي، ١٩٧٧، ص٣٩.

كما تطرقت مقدمات الدساتير ونصوصها إلي بيان مدى أهمية الحرية بصفة عامة ودورها في تنظيم السلوك، وإن كان الأمر في فرنسا لا يختلف عنه في مصر، حيث لم يرد نص صريح في دستور فرنسا الحالي يؤكد علي القيمة الدستورية لحرية التعاقد مما أثار خلافًا فقهيًا وقضائيًا في هذا الشأن. وكذلك الأمر في مصر، فنجد أن الدستور الصادر في ١١ سبتمبر عام ١٩٧١ وكذلك الاعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ لم يتضمنا نص يشير إلى حرية التعاقد إلا أن أحكام المحكمة الدستورية العليا استقرت علي تمتع مبدأ حرية التعاقد بقيمة دستورية باعتباره عنصرًا من عناصر الحرية الشخصية المصونة والمحمية دستورياً.

لذا فإن سلطان الإرادة له دور هام وبارز في حماية حرية التعاقد خاصة في اطار القانون الخاص وأسبق في الوجود من تدخل المشرع لوضع نظام قانوني لحماية حرية التعاقد وذلك بصورة أكثر وضوحا في أحكام القانون الخاص[1] عنه في أحكام القانون العام حيث تم تقييد الإدارة بضوابط المشروعية الإدارية والقضائية ومنحها سلطة تقديرية لمواجهة الظروف التي تخدم المصالح الجماعية. كما أن الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ له دورا هام في ارساء مبدأ الحرية بصفة عامة وذلك في

---

(1) DE STREEL (A.), La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence, éd. Kluwer, p. 255.

المادة الرابعة منه حيث اعتمد عليها المجلس الدستوري في العديد من أحكامه لارساء مبدأ حرية التعاقد وغيرها من الحقوق والحريات الدستورية.

ونظرا لأهمية هذا الموضوع فإننا سوف نتناوله بالدراسة والبحث من خلال تقسيم هذا الفصل إلي مبحثين: نتناول في **المبحث الأول** دور سلطان الإرادة في إرساء مبدأ حرية التعاقد، ثم نتناول دور المشرع في إرساء مبدأ حرية التعاقد في **المبحث الثاني**.

المبحث الأول

دور سلطان الإرادة في إرساء مبدأ حرية التعاقد

من المسلم به أن الإرادة هي أساس العقد والتصرفات القانونية بوجه عام، فإذا أغفلت الإرادة ما أمكن إبرام العقد أو إنشاء التصرف القانوني. ولكن يمكن للمشرع أن يتدخل ويفرض قيودًا علي ممارسة حرية التعاقد سواء بهدف حماية الطرف الضعيف أو حماية المرفق العام أم المصلحة العامة، وذلك في مجال العقود المدنية والإدارية.

ولذا فإننا سوف نتناول هذا الموضوع بالدراسة في ثلاث مطالب وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني: تاريخ ظهور مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثالث: دور مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود المدنية.

المطلب الأول

ماهية مبدأ سلطان الإرادة

من المسلم به في الفقه الحديث أن الإرادة هي مصدر التصرفات القانونية حيث تقوم عليها أغلب الالتزامات، سواء تلك التي تعتمد على الإرادة بمفردها (كالتصرفات من جانب واحد) أم تلك التي تعتمد علي توافق إرادتين (كالعقود)[1].

ويطلق علي الإرادة كمصدر للتصرفات القانونية مبدأ سلطان الإرادة. ويقصد به أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية، مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب العامة، وأن الإرادة حرة في تحديد مضمون العقد وآثاره، وهي وحدها قادرة على إنهائه[2].

فيُقصد بسلطان الإرادة باللغة الفرنسية L'autonomie de la volonté، ويُقصد باصطلاح Autonomie في اللغة الدارجة الاستقلال.

---

(١) د/ السيد عبد الحميد علي فوده، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، بدون تاريخ، ص١٣.

(٢) د/ علي حسن نجيده، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والخمسون، ١٩٨٥، ص١٤٥.

أما في اللغة القانونية فيُقصد به أن الشخص هو الذي يلزم نفسه وبمحض إرادته[١]، طالما توافرت لديه القدرة على الوفاء بالالتزام دون الخضوع لمؤثرات خارجية. كما أن اصطلاح Autonomie يرجع إلى الأصل الإغريقي Avrovomia، حيث كان يطلق علي بعض المدن التي تركها الرومان. أما سلطان الإرادة Autonomie de la volonté فهو عبارة عن مبدأ ترسم الإرادة العاقلة بذاتها نطاق حدودها التي تعمل فيها.

«Le principe selon lequel la volonté raisonnable trouve en elle-même ses propres déterminations»[٢] .

كما يُعرف سلطان الإرادة بأن الإرادة الفردية قادرة وحدها على تحديد شكل وشروط وآثار العمل القانوني طالما تم احترام القوانين التي تتضمن النظام العام والآداب العامة[٣].

«Principe en vertu duquel les volontés individuelles déterminant librement les formes, les conditions et effets les actes juridiques sous réserve de respecter les lois qui intéressent l'ordre public et bonnes moeurs».

---

(١) د/ عادل بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية، المجلد الأول، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، القاهرة ١٩٧٨، ص١٣٣.

(2) Grande Larousse de la langue française.

(3) Le ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analogique de la longue française.

ولقد ظهرت فكرة سلطان الإرادة باعتبارها فكرة ذات طابع سياسي في القرن السابع عشر نتيجة انتشار وازدهار المذهب الفردي الذي نادت به مدرسة القانون الطبيعي، حيث يعتبر سلطان الإرادة من المبادئ الهامة التي نادى بها أنصار هذه المدرسة.

ويرجع الفضل في تأسيس مدرسة القانون الطبيعي إلى الفقيه الهولندي الشهير Grotius في الفترة من ١٥٨٣ إلى ١٦٤٥ حيث يرجع إليه الفضل في تخليص فكرة القانون الطبيعي من الصبغة الدينية التي أضفها عليه رجال الكنيسة في العصور الوسطى، فحرر القوانين الوضعية أو الطبيعية من رجال الدين، واتخذ من هذا القانون الطبيعي وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل، فحررها بذلك من تحكم الدول وأصحاب السلطان فيها[١].

فالقانون الطبيعي عند Grotius ليس مجرد أفكار فلسفية أو دينية، إنما هو قواعد عقلية عادلة تنبع من طبيعة الأشياء، بحيث يستطيع كل إنسان أن يصل إليها بعقله بصرف النظر عن ديانته، ويضيف بأن هذا القانون باعتباره

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، ج ١، ط٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦، ص٣٧؛ د/ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣، ص٢٠٥؛ د/ كريم يوسف أحمد، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧، ص٤٨.

نتاج العقل والطبيعة يتسم بالوحدة والثبات والاستقرار، فلا يتأثر بظروف الزمان أو المكان[1].

وترتيبا على ذلك، يرى الفقيه جروسيوس أن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان ترتبط به وجودًا وعدماً، ومن ثم فهي تُعد من المبادئ الأساسية للقانون الطبيعي، حيث لا يجوز لسلطات الدولة الاعتداء عليها من خلال إصدار قوانين تقيدها أو تتجاهلها، وإنما يكون دور هذه القوانين تأمين التمتع بها وكفالتها لكل الأفراد[2].

وقد عاصر هذا المذهب اتجاه أخر كان مصاحبًا له خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر يتمثل في نظرية العقد الاجتماعي. حيث ترجع جذور هذه النظرية إلى أفلاطون وأرسطو، إلا أن هذه النظرية قد ذاع انتشارها وتطويرها على يد ثلاثة من فلاسفة العصر الحديث وهم: Thomas HOBBES وJohn LOCKE وJean Jacques ROUSSEAU ، حيث اتفق هؤلاء الفلاسفة على أن الإنسان قد انتقل من حالة الطبيعة البدائية (حياة

---

(١) أنظر في هذا الشأن د/ أحمد عبد الرحمن، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، القاهرة، ١٩٨١، ص٥٤؛ د/ حسن كيرة، المرجع السابق، ص١٠٥.

(٢) أنظر في هذا الشأن د/ محمد حسن عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دراسة تحليلية مقارنة لاتجاه المجلس الدستوري الفرنسي بحكمه الصادر في ١٩٩٤/٨/٣، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص١٤ وما بعدها؛ د/ حسن كيرة، المرجع السابق، ص١٠٦.

الفوضى) التي يمثلها حالة الفطرة التي تسيطر عليها الفوضى والاستبداد والبقاء للأقوى إلى حياة الجماعة التي يسودها الاستقرار واحترام الحقوق والحريات المتبادلة بين الحكام والمحكومين من خلال ما يسمى بالعقد الاجتماعي Le contrat social.

وفي أواخر القرن الثامن عشر اعتنق رجال الثورة الفرنسية مذهب الفيلسوف الفرنسي Jean Jacques ROUSSEAU في جعل السيادة للشعب وحده باعتباره كيانا مستقلاً يتمتع بشخصية مستقلة عن الأفراد المكونين له. كما اعتنق رجال الثورة الفرنسية مذهب القانون الطبيعي الذي يتضمن اعتبار حقوق الإنسان وحرياته حقا لصيق به لا يجوز المساس به أو الاعتداء عليه، وتلتزم القوانين الوضعية باحترام هذه الحقوق وتلك الحريات اللصيقة بالإنسان وكفالة التمتع بها[1].

وتأكيدًا لذلك صدر الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن في عام ١٧٨٩ حيث نصت المادة الأولي منه على أن« يولد الناس أحرارًا ومتساوين

---

(١) د/ ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص١٣٢؛ د/ فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص١٥٧؛ د/ محمد كامل ليله، النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، ١٩٧٠، ص٨٥؛ د/ محمد محمد عبد اللطيف، النظم السياسية، ط١، الكويت، ١٩٩٧، ص٥٥ وما بعدها؛ د/ مجدي مدحت النهري، مبادئ النظم السياسية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص٣٥.

في الحقوق». كما نصت المادة الثانية منه على أن «هدف كل مجتمع سياسي هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تزول وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ومقاومة الظلم»(١).

كما نصت المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن على أن «الحرية تعني القدرة علي إتيان كل ما لا يضر بالغير، وممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان ليس لها من حدود سوى تلك التي تضمن للآخرين التمتع بذات الحقوق، وهذه الحقوق لا يمكن تحديدها إلا بالقانون»(٢).

ومنذ صدور الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن، بدأت تنتشر الإعلانات والدساتير في معظم دول العالم التي تنادي بضرورة احترام حقوق

---

(1) L'article 2 de la Déclaration des droits de l'home et du citoyen de 1789 dispose que "le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression". OBERDORFF (H.), " A propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789", RDP, 1989, p. 665.

(2) L'article 4 de la Déclaration des droits de l'home et du citoyen de 1789 dispose que La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. Voir OBERDORFF (H.), "A propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789", op.cit., p. 665.

الإنسان وحرياته الأساسية اللصيقة به، بحيث لا يجوز للمشرع إصدار قانون يمثل انتهاكًا لها أو تقييدًا لها باعتبارها ناتجة عن قانون طبيعي يسمو علــى القانون الوضعي ذاته.

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة قد وصل إلى ذروة مجده وازدهــاره فــي القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، إلا أنه أخذ يتقلص وينكمش ابتــداءً مــن القرن العشرين تحت تأثير المبادئ الاشتراكية التي أخذت تنتشر في جميــع نواحي الحياة(١).

فإذا كان سبب انتشار مبدأ سلطان الإرادة في القــرنين الثــامن عــشر والتاسع عشر يرجع إلى عوامل اقتصادية وسياسية، وهي العوامل التــي أدت إلى انتشار روح الفردية، فهذه العوامل بعد أن تطورت، وقامت الــصناعات الكبيرة وأنشئت الشركات الضخمة، هي التي أدت بالضرورة إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية. وأصبح من الضروري الحد من سلطان الإرادة لحماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن بين المتعاقدين عندما تؤدي الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية إلى اختلاله، وذلك من خلال صدور تشريع يحد من سلطان الإرادة ويضع قيودًا وضوابط علي حرية التعاقد(٢).

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة متعمقــة مقارنــة بالفقه الإسلامي، بدون دار نشر، ١٩٨٤، ص٤٥.

(٢) د/ محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، الجــزء

المطلب الثاني

تاريخ ظهور مبدأ سلطان الإرادة

١- ظهور مبدأ سلطان الإرادة في فقه القانون الخاص:

لقد سبق وأن تعرضنا للطابع السياسي لفكرة سلطان الإرادة، وكيف نشأت في بيئة سياسية تهدف إلى حماية حقوق الفرد وحرياته في مواجهة تحكم الدولة وطغيانها[1]، وإن كان لرجال القانون دورهم في إرساء مبدأ سلطان الإرادة باعتباره أحد المبادئ الأساسية في القانون الوضعي لاسيما القانون المدني. ويرجع الفضل في الإشارة إلى فكرة سلطان الإرادة باعتبارها فكرة قانونية إلى الفيلسوف الألماني KANT، وكان ذلك في أواخر القرن التاسع عشر[2].

الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ص٥٠؛ أ./ حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، المرجع السابق، ص٢٥؛ د/ أشرف عبد الفتاح أبو المجد، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية، دراسة تطبيقية علي النظام الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٩٦ وما بعدها.

(1) GOUNOT (E.), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse, Dijon, 1912, p. 36.

(٢) أنظر في هذا الشأن د/ عبد الحميد متولي، الإسلام ومبادئ نظام الحكم في

ولكن جانبًا أخر من الفقه يؤكد على أن فلسفة KANT لم يكن لها في مجال إرساء سلطان الإرادة في فقه القانون الخاص سوى تأثير غير مباشر. فأكد هذا الجانب من الفقه أن مفهوم سلطان الإرادة كمبدأ قانوني ليس مأخوذًا عن KANT ولا يمكن نسبته إليه، بل يرجع الفضل في ظهوره وابتداعه إلى فقهاء القانون الدولي الخاص[1]، حيث إن المفهوم الذي نادى به الفيلسوف KANT لسلطان الإرادة كان يختلف عن ذلك المفهوم الذي نادى به فقهاء القانون الدولي الخاص: حيث انصرف مفهوم KANT لسلطان الإرادة إلى المعنى الأخلاقي، بينما انصرف مفهوم الفقهاء في القانون الدولي الخاص إلى المعنى القانوني.

ولقد لوحظ أن الفيلسوف KANT قد استخدم اصطلاح استقلال الإرادة في مؤلفه عن «الأسس الميتافيزيقية للأخلاق» عام ١٧٧٥، وفي مؤلفه عن «نقد العقل الخالص» عام ١٧٨٨، في حين لا نجده يستخدم هذا الاصطلاح في مؤلفه عن «المبادئ الميتافيزيقية للقانون» عام ١٧٩٧[2].

الماركسية والديمقراطيات الغربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١، ص٣٠؛ د/ رضوان السيد راشد، الإجبار على التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القانون، ١٩٩٨، ص١٣٩.

(1) RANOUIL, (V.), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980, p. 53.

(2) RANOUIL, (V.), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, op.cit., p. 55.

ولإيضاح ما سبق ذكره نشير إلى بعض العبارات التي ذكرها KANT في مؤلفه عن الأسس الميتافيزيقية للأخلاق حيث يقول بـ «أن الحرية فكـرة خالصة لا يمكن بحال من الأحوال أن توضح طبيعتهـا الموضـوعية وفقـا لقوانين الطبيعة، ولا أن توضح تبعًا لذلك في أي تجربة ممكنة، إنها لا تعـد إلا مجرد افتراض ضروري للعقل لدى كائن يعتقـد أنـه يمتلـك الـشعور بالإرادة»[1]. ويرى KANT أن العقل حاكم على الإرادة، لذا يجب أن يتجـه إلى إرادة خيرة، وثقافة العقل لا غنى عنها لمراقبة الإرادة. من هذا المنطلـق وضع KANT هذا المبدأ «افعل الفعل بحيث يمكن لمسلمة سلوكك أن تصبح مبدأ تشريع عام»[2].

ثم يضيف KANT في مؤلفه عن الميتافيزيقية للأخلاق «افعـل الفعـل بحيث تعامل الإنسانية في شخصك وفي شخص كل إنسان سواك باعتبارهـا دائما وفي نفس الوقت غاية في ذاتها، ولا تعاملها أبدًا كما لو كانـت مجـرد وسيلة». كما يضيف KANT «نحن نقوم بتجديد أنفسنا ونشرع قوانين أفعالنا ونعتبر أحرارًا بمقدار خضوعنا لهذه القوانين، فليست الحرية إلا هذا الخضوع الإرادي للقوانين، فالإنسان حر بقدر ما يخضع للقانون الذي يضعه هو نفسه

---

(١) كانط، أسس الميتافيزيقا الأخلاق، الترجمة العربية، ص١٩-٢٣، المشار إليه فـي مؤلف د/ رضوان السيد راشد، الإجبار علي التعاقد، المرجع السابق، ص١٣٩.

(٢) كانط، أسس الميتافيزيقا الأخلاق، الترجمة العربية، ص١٩-٢٣، المشار إليه فـي مؤلف د/ رضوان السيد راشد، الإجبار علي التعاقد، المرجع السابق، ص١٣٩.

لنفسه، ومن ثم كانت فكرة الحرية التي استمدها من العقل والتي تجعلني عضوا في العالم المعقول هي الشرط الوحيد الذي يجعل الأمر الأخلاقي المطلق ممكنًا»[1].

وبذلك يتضح لنا أن الفيلسوف كانط قد وضع لمبدأ سلطان الإرادة مفهومًا أقرب إلي الأخلاق من القانون، ثم انتقل هذا المفهوم الأخلاقي بقيوده إلى القانون، وصار من أهم الأسس التي تقيد الحرية الفردية.

ولقد أكدت البروفسور RANOUIL في رسالتها عن استقلال الإرادة عام ١٩٨٠ أن فقهاء القانون الدولي الخاص كانوا أول من استخدموا اصطلاح سلطان الإرادة بمفهومه القانوني، وذلك بهدف تبرير ما تتمتع به إرادة الأطراف من نفوذ بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقاتهم[2].

ففي أواخر القرن التاسع عشر، نجد أن بعض الفقهاء استخدم اصطلاح استقلال الأطراف في القانون الدولي الخاص؛ كما أشار البعض الأخر من

---

(١) كانط، أسس الميتافيزيقا الأخلاق، الترجمة العربية، ص د من المقدمة و ص هـ، و ص٨ وما بعدها، المشار إليه في مؤلف د/ رضوان السيد راشد، الإجبار على التعاقد، المرجع السابق، ص١٣٩ وما بعدها. وراجع بالتفصيل:

KANT, Le fondement de la métaphysique des mœurs.

(2) RANOUIL, (V.), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, op.cit., p. 20 et s.

الفقه إلى هذه الفكرة باعتبارها أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على الاتفاقات المبرمة بين الأطراف، مثلما يملكون تحديد باقي شروط العقد استناداً إلى الحرية الطبيعية للإنسان(١).

أما اصطلاح سلطان الإرادة، فقد ظهر لأول مرة في كتابات الفقيه السويسري BROCHER في مؤلفه عن القانون الدولي الخاص عام ١٨٨٣، ولكنه لم يستخدم هذا الاصطلاح إلا بغرض تفنيد حرية الإرادة، حيث يرى أن الإرادة تقع تحت سيطرة القانون، وهى تابعة له ولا تتمتع بسلطان ما(٢).

ولقد ذاع استخدام اصطلاح سلطان الإرادة في أواخر القرن التاسع عشر على يد عدد من فقهاء القانون الدولي الخاص أمثال: BERTIN, ROLIN, WEISS كما استخدم هذا الاصطلاح في مجلة القانون الدولي الخاص اعتبارا من عام ١٨٩٤، وإن كان الهدف من انتشار اصطلاح سلطان الإرادة هو نقدها كوسيلة لحل مشكلات تنازع القوانين في مجال العقود(٣).

كما تأثر فقهاء القانون المدني بمذهب سلطان الإرادة، ومن هؤلاء مسيو

---

(1) RANOUIL, (V.), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, op.cit., p. 20 et s.
(2) RANOUIL, (V.), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, op.cit., p. 36 et s.
(3) RANOUIL, (V.), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, op.cit., p. 41 et s.

DOMA ومسيو POTHIER، حيث لعبت كتاباتهم في القرنين السابع عشر والثامن عشر دورًا بارزًا في صياغة التقنين المدني الفرنسي الحالي.

والواضح من كتابات كل من مسيو DOMA ومسيو POTHIER أنهم تأثروا إلى حد كبير بأفكار الفقيه الهولندي الشهير GROTIUS مؤسس مدرسة القانون الطبيعي وغيره من فقهاء مدرسة القانون الطبيعي[1]. وإن كان مسيو DOMA ومسيو POTHIER يريان أن القوة الملزمة للعقد بعيده عن إرادة الإنسان، فهي لا تستند إلى الحرية الفردية بوصفها قانونًا طبيعياً، بل تقوم على اعتبار أخلاقي يتمثل في واجب الوفاء بالعهد. ويريان أيضًا أنه فضلا عن احترام القوانين والأخلاق، فإن العقود يجب أن تراعى مبادئ حسن النية والمساواة والقانون الإلهي بوجه عام[2].

ونتيجة لذلك فقد صدر القانون المدني الفرنسي في عهد نابليون بونابرت متأثرًا بالنزعة الفردية ورضائية العقد، حيث نصت المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي علي أن الاتفاقات المعقودة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها. وهذا النص يقابله في القانون المدني المصري نص المادة ١٤٧ منه التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه

(1) ROUHETTE (G.), Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965.
(2) ROUHETTE (G.), Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, op.cit., p. 594.

ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

ويلاحظ أن فقهاء القانون المدني لم يستخدموا اصطلاح سلطان الإرادة حتى أوائل القرن العشرين إلا نادراً، حيث ظهر هذا الاصطلاح لأول مرة في مؤلفات الفقيه GENY عن مناهج تفسير ومصادر القانون الخاص الوضعي[1].

كما أشار كل من الفقيه PLANIOL والفقيه CAPITANT إلى هذا الاصطلاح، ولكن بقدر كبير من الحيطة، حيث لا يعني عندهم سلطان الإرادة سوى ما يتعلق بمفهوم حرية التعاقد[2].

ولقد تعرض مبدأ سلطان الإرادة لانتقادات شديدة في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين وكان مرجع السبب في هذه الانتقادات إلى أمرين:

الأمر الأول: مغالاة أنصار مبدأ سلطان الإرادة في تطبيقه إلى حد التطرف، حيث إن الإرادة عند أنصار هذا المبدأ ليست مصدرًا للعقد فحسب، بل هي مصدر كل التزام أيا كان نوعه. كما ادعى أنصار هذا المبدأ أن الملكية تقوم

---

(1) GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit prive positif, 1er éd., 1899, p. 173.

(2) RANOUIL, (V.), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, op.cit., p. 94 et s.

على الإرادة المطلقة للمالك، ونظام الميراث يقوم على الإرادة باعتباره وصية مفترضة تستند إلى الإرادة الضمنية للمورث، وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج الذي تسوده الإرادة.

ولكن خصوم مبدأ سلطان الإرادة قاموا بتفنيد النتائج التي توصل إليها أنصاره. فأثبتوا أن الملكية ليست نابعة عن الإرادة المطلقة للمالك، بل تؤدى وظيفة اجتماعية يمارسها صاحبها بما يحقق الصالح العام للمجتمع. كما أن إرادة المورث ليست هى قوام الميراث لأنه نظام قانوني يستند إلى المصلحة العامة ومصلحة الأسرة. وإرادة الزوجين لا تحدد حقوق الأسرة بمقتضى عقد الزواج، ولكن المشرع يتولى ذلك من خلال تشريع يصدر لتنظيم أحكام الزواج بما يتفق مع صالح المجتمع والأسرة[1].

الأمر الثاني الذي ساعد على انكماش مبدأ سلطان الإرادة هو تغيير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن

---

(١) د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، ١٩٥٢، ص١٤٧؛ د/ أنور سلطان، الوجيز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠، ص١٤؛ د/ محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، المرجع السابق، ص٣٥ وما بعدها. وانظر أيضاً:
GIACOPELLI-MORI (M.), L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés, RTD civ., 2001, p. 505.

العشرين، حيث ظهرت المذاهب الاشتراكية على يد اثنين من المفكرين الألمان هما كارل ماركس وفردريك انجلز.

فإذا أرجعنا انتشار مبدأ سلطان الإرادة في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر إلى عوامل اقتصادية، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت، وقامت الصناعات الكبيرة وتأسست الشركات الضخمة وسيطرة طبقة أصحاب رؤوس الأموال، هي التي أدت بالضرورة إلى انتشار الأفكار الاشتراكية وقيامها للحد من غلواء الأفكار الفردية[1].

نتيجة لهذه التطورات في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، فقد ازداد تدخل الدولة في كافة نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بهدف تحقيق التوازن بين الغني والفقير وبين القوي والضعيف من خلال إصدار العديد من التشريعات التي تعتبر قيدًا على سلطان الإرادة، وذلك من أجل حماية الإنسان الضعيف وحماية مصالح المجتمع.

رغم الانتقادات التي وجهت لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا المبدأ كان له دور بارز في القرن العشرين في مجال حرية التعاقد. حيث إن الفرد له الحرية في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد، كما أن له الحرية في اختيار من يتعاقد

---

(١) د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص١٤٦.

معه، ومن ثم لا يجوز إجباره علي التعاقد مع شخص بذاتــه[١]. فهــل هــذا المفهوم لسلطان الإرادة في فقه القانون الخاص يمكن أن نجده لدى فقه القانون العام؟ هذا ما سوف نتناوله في البند التالي.

٢- ظهور فكرة سلطان الإرادة في فقه القانون العام:

لقد مرت فكرة سلطان الإرادة بعدة تطورات لدى فقهاء القانون العــام، حيث بدأ الاعتراف بهذه الفكرة في أوائل القرن العشرين في الفترة من عــام ١٩٠٠ حتى عام ١٩٣٠، ثم تلى ذلك فترة تقييد وجود سلطان الإرادة لــدى جهة الإدارة وهى المرحلة التي تبدأ من عام ١٩٣٠ حتى عام ١٩٨٠، وأخيرا مرحلة إعادة ظهور فكرة سلطان الإرادة في مجال اللامركزية الإدارية فــي الفترة من عام ١٩٨٠ حتى الآن[٢].

المرحلة الأولــى: مرحلة ظهور فكرة سلطان الإرادة (من عام ١٩٠٠ حتــى عام ١٩٣٠):

في ظل هذه المرحلة يمكن الإشارة إلى ثلاثة من كبار فقهاء القانون العام الفرنسي وهم:

---

(١) د/ محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومــدى الحمايــة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، المرجع السابق، ص٤٤ وما بعدها.

(2) SAUNIER (S.), "L'autonomie de la volonté en droit administrative français: Une mise au point", FRDA, 2007, p. 609.

L. DUGUIT[1], R. CARRE de MALBERG[2] et M. HAURIOU[3].

هؤلاء الفقهاء الثلاثة أول من فكروا في استخدام اصطلاح سلطان الإرادة في مجال القانون العام، وحاول كل منهم إبداء وجهة نظره في استخدام هذا الاصطلاح بما يحقق الفائدة منه، حيث أشاروا إلى تمتع الدولة، سواء كانت البسيط أم الفيدرالية بسلطان الإرادة بما تملكه من سيادة، دون تمتع السلطات المركزية أو اللامركزية بهذه الصفة. وقد أشار البعض منهم خصوصا مسيو هوريو إلى أن فكرة سلطان الإرادة تتعلق باستقلال السلطة السياسية.

المرحلة الثانية: مرحلة تقييد مبدأ سلطان الإرادة (من عام ١٩٣٠ حتى عام ١٩٨٠):

نادى بهذا الاتجاه بعض من فقهاء القانون العام في فرنسا وهم، مسيو

---

(1) DUGUIT (L.), Etudes des droit public, A. Fontemoing, Pairs, 1901, T.I, p. 12.

(2) CARRE DE MALBERG (R.), Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey, Paris, 1920, rééd., CNRS, Paris, 1962, T.I, p. 31 et s.

(3) HAURIOU (M.), «De la personnalité comme élément de la réalité sociale», RDP, 1898, 18, p. 12; HAURIOU (M.) et G. de BEZIN, de la déclaration de volonté dans le droit administratif français, RTD civ., 1903, p. 546.

A. HAOURIOU[١] ومسيو G. VEDLEL[٢] ومسيو J. RIVERO[٣].

ويلاحظ في ظل هذه المرحلة أن مسيو A. HAURIOU قد طور من مفهوم سلطان الإرادة الذي أشار إليه الفقيه M. HAURIOU الخاص باستقلال السلطة السياسية، حيث عرف الفقيه A. HAURIOU سلطان الإرادة بأنه يتعلق بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة، نظرا لما تتمتع به جهة الإدارة من سلطة تقديرية في ممارسة بعض التصرفات القانونية التي لم تتقيد فيها إلا بالقوانين واللوائح، كما هو الشأن في سلطان الإرادة في القانون الخاص وسيادة الدولة في مجال القانون الدولي، حيث تتمتع الدولة بسلطة تقديرية أيضاً[٤].

وأشار مسيو A. HAURIOU إلى القول بأن أصحاب الحقوق إذا كان في إمكانهم تحديد وصف الشركة أو المشروع وتحديد نهايته القانونية، فإن جهة الإدارة مقيدة في ذلك بإتباع النظام العام أو المنفعة العامة. ومن ثم يكون

---

(1) A. HAURIOU, "Le pouvoir discrétionnaire et sa justification", Mélanges Carre de Malberg, Sirey, Paris, 1933, p. 233.

(2) VEDEL (G.), Essai sur la notion de cause en droit administrative français, thèse, Sirey, Paris, 1934.

(3) RIVERO (J.), Les mesures d'ordre intérieur administratives: Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics, thèse, Sirey, Paris, 1934.

(4) A. HAURIOU, "Le pouvoir discrétionnaire et sa justification", Mélanges Carre de Malberg, Sirey, Paris, 1933, p. 237.

استقلال الإرادة في القانون العام مقيدًا باحترام المصلحة العام، هذا عن الوجه الإيجابي لسلطان الإرادة. أما عن الوجه السلبي، فيضيف سيادته بأن التوسع في وضع القيود المتعلقة بحماية النظام العام أو المصلحة العامة، سوف يؤدي إلى الحد من سلطان الإرادة[1].

ويرى الفقيه الفرنسي G VEDEL أن القانون الإداري ترجع جـــذوره إلى القانون المدني، ولكن يوجد فارق بين كل منهما، حيث يعتمـــد القـــانون المدني على مبدأ سلطان الإرادة، بينما لا مجال لهذه الفكـــرة فـــي القـــانون الإداري، لأن جهة الإدارة مقيدة بمراعاة النظام العام والمصلحة العامـــة[2]. ومن ثم يتفق مسيو G VEDEL مع ما انتهى إليه مسيو A. HAURIOU.

وفي رسالة مسيو J. RIVERO في الدكتوراه عام ١٩٣٤ عن إجراءات النظام الإداري الداخلي، والتي بحث فيها الخصائص القانونية للحياة الداخلية للمرافق العامة، والتي انتهى في دراسته إلى نفي وجود سلطان الإرادة فـــي القانون الإداري رغم ما تتمتع به الجهة الإدارية من ســـلطة تقديريـــة فـــي ممارسة بعض التصرفات القانونية[3].

---

(1) A. HAURIOU, "Le pouvoir discrétionnaire et sa justification", op.cit., p. 238 et s.

(2) VEDEL (G.), Essai sur la notion de cause en droit administrative français, thèse, Sirey, Paris, 1934, p. 192 et s.

(3) RIVERO (J.), Les mesures d'ordre intérieur administratives: Essai

ويلاحظ أن الفقهاء الثلاثة أشاروا إلى وجود سلطة تقديرية لجهة الإدارة في مجال القانون الإداري، وتمتعها بقدر من الحرية عند ممارستها لأنشطتها، ولكن هذه الحرية للإدارة لا يكون لها مجال عندما تتعارض مع حماية النظام العام أو المصلحة العامة. ومن هنا يظهر الخلاف بين فقه القانون الخاص الذي يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة وبين فقه القانون العام الذي يتقيد بضرورة مراعاة المصلحة العامة، ومن ثم تقييد مبدأ سلطان الإرادة.

ولكن جانبا من الفقه الفرنسي اعترض على نظرية الفقهاء الثلاثة A. HAURIOU, G. VEDEL et J. RIVERO وأكد بأنه توجد علاقة بين سلطان الإرادة والسلطة التقديرية لجهة الإدارة. حيث أكد مسيو[1] G. PEQUIGNOT بأن لسلطان الإرادة دورًا في حرية التعاقد في مجال القانون الإداري، وهو ما يعبر عنه بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة، كما أكد مسيو[2] C. EISENMANN هذه الوجهة من النظر.

المرحلة الثالثة: إعادة الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في القانون الإداري (الفترة من عام ١٩٨٠ حتى الآن): في ظل هذه المرحلة يرجع الفضل في

---

sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics, thèse, Sirey, Paris, 1934, p. 23 et s.

(1) PEQUIGNOT (G.), Théorie générale du contrat administratif, thèse, Paris, 1945.

(2) EISENMANN (C.), Cours de droit administratif, 1949-1950, LGDJ, Paris, 1983, p. 291-292.

تطور مفهوم سلطان الإرادة وإعادة الأخذ به في مجال القانون الإداري إلى سببين: الأول يتعلق بالأخذ بنظام اللامركزية الإدارية، والثاني يتعلق بتطور إجراءات التعاقد(1).

ففي الثمانينيات والتسعينيات من القرن الماضي، حيث ظهرت فكرة الخصخصة والاهتمام بالمشروعات الخاصة، وأعيد تنظيم اللوائح والقوانين بما يخدم القطاع الخاص، لذا بدأ التفكير في تطوير القطاع العام والأخذ بنظام اللامركزية الإدارية والعمل علي منح جهة الإدارة قدرًا من الحرية في بعض تصرفاتها القانونية خصوصًا العقدية، ومن ثم بدأ مبدأ سلطان الإرادة يظهر من جديد في مجال القانون العام.

وفي النهاية، يتضح لنا جليا الدور الذي يعلبه سلطان الإرادة في إرساء مبدأ حرية التعاقد، سواء في مجال القانون الخاص أم في مجال القانون العام، وإن كان دوره أكثر وضوحًا في مجال القانون الخاص عنه في مجال القانون العام، حيث تتقيد الإدارة باحترام القوانين واللوائح ومراعاة النظام العام والمصلحة العامة.

(1) SAUNIER (S.), "L'autonomie de la volonté en droit administrative français: Une mise au point", FRDA, 2007, p. 620 et s.; PONTIER (J.-M), " La personnalité publique, notion anisotrope", RFDA, 2007, p. 979.

٣- ظهور مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي:

إذا كنا قد تطرقنا لدراسة مفهوم سلطان الإرادة وكيف نشأ باعتباره مفهومًا سياسيًا وقانونياً، فإن الشريعة الإسلامية الغراء ما هي إلا مزيج من الدين والأخلاق والقانون، فهذا المزيج لا يمكن فصل أي من عناصره عن الآخر، فمهمة الشريعة الإسلامية لا تقف عند حد تقويم الإنسان ليكون أهلا لعلاقته بربه فحسب، وإنما ليكون كذلك أهلاً لعلاقته بنفسه وبغيره من بني جنسه. فإذا أمر المولى عز وجل الإنسان بأن يفي بما عاهد الله عليه فإن هذا الأمر يسري كذلك على العهد القائم بين الفرد وغيره، فقوله جل شأنه "وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْؤُولاً "(١) لا يخص هذا الحكم علاقة الإنسان بربه فقط بل يتعلق أيضًا بعلاقة الإنسان بنفسه وعلاقته بغيره من بني جنسه، فالشريعة الإسلامية الغراء صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، وهي كل لا يتجزأ، وهى أيضًا مزيج من الدين والأخلاق والقانون، ومن ثم فهي شريعة دين ودولة، مجتمع في عقيدة وعقيدة في مجتمع لا قيام لأحدهما دون الآخر(٢).

ومن أهم مقومات الشريعة الإسلامية حرصها على حماية حرية الإرادة، حيث جعل المولى عز وجل حرية الإنسان أساس عبادة الله جل شأنه وحده،

---

(١) سورة الأحزاب من الآية رقم ١٥.

(٢) د/ السيد عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، بدون سنة نشر، ص٣٤٣.

حيث قال تعالى «لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ»[1]. هذا الأصل الكلي المطلق الواضح في دلالته ومفهومه قد فصله القرآن الكريم في أكثر من موضع، نذكر منها علي سبيل المثال لا الحصر قوله تعالي « وَلَوْ شَاء رَبُّكَ لآمَنَ مَن فِي الأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُواْ مُؤْمِنِينَ»[2]. كما قال جل شأنه « نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَقُولُونَ وَمَا أَنتَ عَلَيْهِم بِجَبَّارٍ فَذَكِّرْ بِالْقُرْآنِ مَن يَخَافُ وَعِيدِ»[3]. ففي هاتين الآيتين انتفاء صريح لما يمس الإرادة من قهر، ونهي واضح عن إجبارها وإخضاعها بالقوة.

ويتجلى تكريم المولي عز وجل للإنسان في إعطائه الحرية المطلقة في الاختيار دون فرض من الله عز وجل. فعندما أراد الله تحميل غيره من المخلوقات أمانة التكليف أبت تحملها، واحترم المولي عز وجل هذا الإباء فأعفاها، وكان قادرا علي فرضها عليهم لو أراد ذلك. ولكن تقرير حرية المخلوقات هو دليل علي قدرة المولي عز وجل وكرمه، ثم عرض الأمانة علي الإنسان، وهو يعلم ثقلها وأعباءها، ومع ذلك اختار تحملها دون فرض أو إكراه. فالأمانة هي حرية اختيار العمل وأساس التكليف، فالإنسان له حرية القيام بالعمل الصالح أو الطالح، ويستحق الثواب أو العقاب بعلم الله

(١) سورة البقرة من الآية ٢٦٥.

(٢) سورة يونس من الآية رقم ٩٩.

(٣) سورة ق من الآية رقم ٤٥.

وقدرته[1]، حيث يقول المولي عز وجل " إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الإِنسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولاً"[2]. فهذا الاختيار الحر في تحمل الأمانة فيه تكريم للإنسان في أن تكون له إرادة حرة في الاختيار، وكان يمكنه رفض ذلك مثل غيره من المخلوقات[3].

وتأكيدا لاحترام حرية الإنسان فقد منحه المولي عز وجل الحرية في اختيار دينه وعقيدته. فلا فرض علي الإنسان حتى في اختيار دينه مع تحمل تبعة هذا الاختيار، فهو صاحب هذا الاختيار بغير فرض من الله ولا من غيره. ودليل ذلك قول المولي عز وجل " لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِن بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لاَ انفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"[4]. وقوله تعالي: " فَمَن شَاء فَلْيُؤْمِن وَمَن شَاء فَلْيَكْفُرْ"[5]. ليس هناك أهم من أن يعطي المولي عز وجل الحرية المطلقة للإنسان في

---

(١) د/ أحمد يسري، حقوق الإنسان وأسباب العنف في المجتمع الإسلامي في ضوء أحكام الشريعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص٢٤.

(٢) سورة الأحزاب الآية رقم ٧٢.

(٣) د/ أحمد يسري، حقوق الإنسان وأسباب العنف في المجتمع الإسلامي في ضوء أحكام الشريعة، المرجع السابق، ص٢٤.

(٤) سورة البقرة، الآية رقم ٢٥٦.

(٥) سورة الكهف، الآية رقم ٢٩.

اختيار دينه، وكان بإمكانه أن يجعلهم جميعا مسلمين، ولكن المولي ترك للإنسان حرية الاختيار تكريما له واحتراما لآدميته وتقديسا لإنسانيته، مع تحمله نتيجة هذا الاختيار[1].

يتضح لنا من الآيات الكريمة أن حرية الإنسان لا يجوز المساس بها أو إخضاعها بالقوة، حيث كفل الإسلام الإرادة بنص القرآن الكريم ليس فقط بعلاقة الإنسان بربه وإنما أيضًا بعلاقة الإنسان بغيره من بني جنسه.

كما نجد تطبيقات عديدة لاحترام سلطان الإرادة في السنة النبوية المطهرة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله. ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»[2]. ومن ذلك أيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ومن أخذ أموال الناس يريد إتلافها أتلفه الله»[3].

---

(١) د. أحمد يسري، حقوق الإنسان وأسباب العنف في المجتمع الإسلامي في ضوء أحكام الشريعة، المرجع السابق، ص٢٧.

(٢) حديث متفق عليه، جامع العلوم والحكم ابن رجب، ص٥.

(٣) أخرجه البخاري الصحيح عن أبي هريرة في الاستقراض، ج ٥، ص٥٤، النسائي في البيوع، ج ٧، ص٣١٦.

يتضح لنا من هذه الأحاديث النبوية الشريفة دور النية والإرادة في اختيار التصرفات والمعاملات مع ما يترتب على ذلك من آثار يتحملها الإنسان باختياره وإرادته الحرة، وبالتالي يكون الشخص حر في أن يبرم أو لا يبرم ما يشاء من التصرفات القانونية، وإذا ما أقدم على إنشاء تصرف قانوني، فله حرية تحديد ما يريد من أثر قانوني لهذا التصرف.

المبحث الثاني

دور المشرع في إرساء مبدأ حرية التعاقد

لقد اعتنقت الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر مذهب الفقيه جان جاك روسو في نظرية العقد الاجتماعي التي تقوم علي إعلاء شأن الفرد واعتباره كياناً مستقلاً. حيث قامت الثورة الفرنسية تحت شعار الدفاع عن الحريات والحقوق الفردية للإنسان(١). وقد تمت صياغة هذا الشعار بصورة واضحة في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، حيث اعتبر أن للإنسان حقوقًا طبيعية أو حقوقًا فردية هي الحرية، والمساواة، والملكية، وحق الأمن، وحق مقاومة الظلم. كما أشارت مقدمات الدساتير والتشريعات الدستورية إلي بيان مدى أهمية الحرية بصفة عامة.

لذا فإن دراسة دور المشرع في إرساء مبدأ حرية الإدارة في التعاقد يتطلب منا أن نعرض أولا لدور الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في ١٧٨٩ في إرساء مبدأ حرية التعاقد في **المطلب الأول**، ثم نعرض لدور المشرع في إرساء مبدأ حرية التعاقد في **المطلب الثاني**.

---

(١) د/ حمدي عبد الرحمن، المدخل إلي القانون، المرجع السابق، ص٣٩.

المطلب الأول

دور الإعلان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ في إرساء مبدأ حرية التعاقد

يعتبر الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في ٢٦ أغسطس عام ١٧٨٩ من المصادر الدستورية الهامة في إرساء حقوق الإنسان وحرياته الأساسية(١)، حيث تضمنت ديباجته الأسس العامة التي يقوم عليها حماية الحقوق والحريات، حيث جاء فيها "أن ممثلي الشعب الفرنسي يعتبرون أن جهل حقوق الإنسان ونسيانها واحتقارها هي الأسباب الوحيدة للبؤس العام وفساد الحكومات، ولذلك فقد قرروا أن يعرضوا في إعلان رسمي حقوق الإنسان الطبيعية التي لا يمكن التنازل عنها، حتى يكون هذا الإعلان حاضرًا في ذهن كل أعضاء المجتمع السياسي فيذكرهم باستمرار بحقوقهم وواجباتهم، وحتى تكون أعمال السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية محلاً للمقارنة- في

---

(1) RICHER (L.), Les droits de l'homme et du citoyen, Economica, Paris, 1982; PICARD (E.), " La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?", AJDA, 1998, p. 651.

أنظر الخلافات الفقهية حول القيمة القانونية لإعلانات الحقوق د/ فتحي فكري، القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة، بدون دار نشر، ٢٠٠١، ص٤١.

كل وقت- مع هدف كل نظام سياسي"[١].

ولقد نصت المادة الأولي من الإعلان الفرنسي على أن يولــد الأفــراد ويظلون أحرارًا ومتساوين في الحقوق والتعاون الاجتماعي لا يكون إلا على أساس المنفعة العامة[٢]. كما قضت المادة الثانية منه على أن هدف كل جماعة

---

(1) Le préambule de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que "Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution, et au bonheur de tous". OBERDORFF (H.), "A propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789", RDP, 1989, p. 665.

(2) L'article première de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. Voir MERLAND (G.), "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", Dalloz, cahiers constitutionnels de Paris I;

سياسية هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية والخالدة، وهذه الحقوق هي الحرية والمساواة والملكية والحق في الأمن ومقاومة الظلم[١]. كما قضت المادة الثالثة من هذا الإعلان على أن السيادة تكون للأمة، ولا يجوز لأي فرد أو جهة أن تمارس السلطة إلا لحسابها[٢].

كما تقضي المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ بأن الحرية تتمثل في القدرة على عمل كل ما لا يضر بالغير، ومن ثم فإن ممارسة كل إنسان لحقوقه الطبيعية لا ترد عليها حدود إلا تلك التي تضمن للآخرين التمتع بالحقوق ذاتها، وهذه الحدود لا يتم تحديدها إلا بمقتضى

MATHIEU (B.), "Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme", D., 1995, chron., p. 211; MERLAND (G.), L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, LGDJ, 2004, spéc., p. 200; OBERDORFF (H.), "A propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789", op. cit, p. 665.

(1) L'article II de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

(2) L'article III de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

قانون[١]. فالحرية معناها القدرة على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بالعمل، أو القدرة علي الاختيار[٢].

ولقد أكدت مقدمة دستور فرنسا السابق الصادر عام ١٩٤٦ على الحقوق والحريات التي جاء النص عليها في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، وزاد عليها حقوق وحريات أخرى لم يرد ذكرها في هذا الإعلان، كالحق في المساواة بين الرجل والمرأة، وحق اللجوء السياسي، وبعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية[٣].

---

(1) L'article IV de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. DUHAMEL (O.), Droit constitutionnel et politique, Seuil, Paris, 1993, p. 376 et s.; GICQUEL (J.), Droit constitutionnel et institutions politiques, 17e éd., Montchrestien, 2001, p. 82 et s.; LUCHAIRE (F.), La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica, 1987, p. 75 et s.

(2) BRECHON-MOULENES (Ch.), " Liberté contractuelle des personnes publiques", AJDA 1998, p. 643.

(٣) د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص١٣٨؛ د/ ثروت عبد العال، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٥٤، أنظر أيضاً:

RICHER (L.), Les droits de l'homme et du citoyen, Economica, Paris, 1982.

ثم صدر دستور فرنسا الحالي عام ١٩٥٨ وأكد في مقدمته على التمسك بما ورد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ من حقوق وحريات، وما تقرر زيادة عليها بمقتضى ديباجة دستور ١٩٤٦، بما في ذلك ما تقررها المبادئ الأساسية المسلم بها في قوانين الجمهورية[١].

وبالرجوع إلى نصوص الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ نجد أنه أشار إلى الحق في الحرية والمساواة والملكية والأمن دون الإشارة صراحة لحرية التعاقد، وإن كان ذلك لا ينفي عنها من وجه نظر البعض من الفقه ما لها من قيمة دستورية[٢].حيث توجد أمثلة

(1) Le préambule de la constitution français de 1958 dispose que Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004; LUCHAIRE (F.), La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica, 1987, p. 31 et s. RICHER (L.), Les droits de l'homme et du citoyen, Economica, Paris, 1982; OBERDORFF (H.), " A propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789", op. cit, p. 665.

(2) LUCHAIRE (F.), "Les fondements constitutionnels du droit civil", RTD civ., 1982, p. 245. DUHAMEL (O.), Droit constitutionnel et politique, Seuil, Paris, 1993, p. 376 et s.; GICQUEL (J.), Droit constitutionnel et institutions politiques, 17e éd., Montchrestien, 2001, p. 82 et s.

تطبيقيه لأحكام المجلس الدستوري اعترف فيها بالقيمة الدستورية لبعض الحقوق استنادا للاعلان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩.

وعلي سبيل المثال، نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي أكد على القيمة الدستورية لمبدأ حرية الاجتماع، وذلك بالإشارة إلى مقدمة دستور ١٩٤٦ في حكمه الصادر في ١٦ يوليو ١٩٧١، حيث قضى بأنه في إطار المبادئ الأساسية المسلم بها في قوانين الجمهورية، والتي أكدت عليها مقدمة الدستور، يمكن إدراج مبدأ حرية الاجتماع، حيث إن هذا المبدأ هو أساس الأحكام العامة لقانون أول يوليو ١٩٠١[1]. ولقد أصدر المجلس الدستوري العديد من الأحكام في هذا الشأن[2].

---

(1) Cons.constit., 71-44 DC, 16 juillet 1971, loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. Voir, SALES (E.), " Faut-il modifier la loi du 1er juillet 1901 ?", LPA, 21 décembre 2001 n° 254, P. 28.

(2) Voir aussi, Cons. Constit., 31 Octobre 1981 - Décision N° 81-129 DC Loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion, J. O., 1er novembre 1981, p. 2997; cons. Constit., 11 Octobre 1984 - Décision N° 84-181 DC, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse J. O., 13 octobre 1984, p. 3200; cons. Constit., 22 Janvier 1990 - Décision N° 89-267 DC, Loi complémentaire à la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social J. O., 24 janvier 1990,

وإذا كان المجلس الدستوري قد أنكر - في البداية- كل قيمة دستورية لمبدأ حرية التعاقد في حكمه الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤ على أساس أن المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ لم تتضمن الإشارة الصريحة لمبدأ حرية التعاقد، إلا أننا نجد كثيرًا من الأحكام الصادرة عن المجلس الدستوري تؤكد على القيمة الدستورية لمبدأ الحرية المهنية أو حرية الشراكة La liberté d'entreprendre بالاستناد للمادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي، رغم أن هذا الإعلان لم يتضمن النص صراحة على الحرية المهنية أو حرية الشراكة[1]،

---

p. 971; cons.constit., 13 août 1993 - Décision N° 93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France J. O., 18 août 1993, p. 11722; cons.contit., 16 Janvier 2001 - Décision N° 2000-439 DC, Loi relative à l'archéologie préventive, J. O., 18 janvier 2001, p. 931; cons. Constit. 9 Avril 2009 - Décision N° 2009-579 DC, Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution J. O., 16 avril 2009, p. 6530; cons. Constit., 25 Février 2010 - Décision N° 2010-604 DC, Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, J. O., 3 mars 2010, p. 4312; 28 May 2010 - Décision N° 2010-3 QPC, J. O., 29 mai 2010, p. 9730.

(١) أنظر أحكام المجلس الدستوري في شأن القيمة الدستورية لمبدأ الحرية المهنية:
Décision - 98-401 DC - Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail du 10 juin 1998; FAVRE (J.) et

TARDIVEL (B.), " Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle", Chronique constitutionnelle, RDP, septembre-octobre 2000, p. 1411; MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE NO 19 MARS-JUILLET 1998, LPA, 02 décembre 1998 n° 144, P. 18; Décision - 82-141 DC - Loi sur la communication audiovisuelle 27 juillet 1982; Décision - 90-283 DC - Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme du 8 janvier 1991; Décision - 85-200 DC - Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité du 16 janvier 1986; Décision - 89-254 DC - Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations du 4 juillet 1989; Décision - 2001-451 DC - Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles du 27 novembre 2001; B.M. et M.V., note sous la Décision - 2001-451 DC - Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles du 27 novembre 2001, chro., n° 28 2e partie, LPA, 17 septembre 2002, n° 186; Décision - 2000-439 DC - Loi relative à l'archéologie préventive du 16 janvier 2001; Décision - 92-316 DC - Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques du 20 janvier 1993 40; Décision - 2001-455 DC- Loi de modernisation sociale du 12 janvier 2002, 44; Décision - 2008-568 DC - Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail du 7 août 2008; Décision - 2008-564 DC- Loi relative aux organismes génétiquement modifiés du 19 juin 2008; Décision - 2008-571 DC - Loi de financement de la sécurité sociale pour

حيث تقضي المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ بأن الحرية تتمثل في القدرة على عمل كل ما لا يضر بالغير، ومن ثم فإن ممارسة كل إنسان لحقوقه الطبيعية لا ترد عليها حدود إلا تلك التي تضمن للآخرين التمتع بالحقوق ذاتها، وهذه الحدود لا يتم تحديدها إلا بمقتضى قانون. ويتضح لنا من هذا النص أنه لم يتضمن أي اشارة للحرية المهنية أو حرية الشراكة ومع ذلك أصدر المجلس الدستوري العديد من الأحكام التي تؤكد دستوريتها استنادا للمدة الرابعة من الإعلان الفرنسي.

2009 du 11 décembre 2008; Décision - 2007-561 DC- Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative) du 17 janvier 2008; Décision - 2009-584 DC - Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires du 16 juin 2009; Décision - 2009-578 DC- Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion du 18 mars 2009; Décision - 2009-594 DC- Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports du 3 décembre 2009; Décision - 2010-605 DC- Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne du 12 mai 2010; Décision - 2010-604 DC- Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public du 25 février 2010; Décision - 2010-26 QPC- SARL l'Office central d'accession au logement [Immeubles insalubres] du 17 septembre 2010; GLASER (E.) "Les habits neufs du juge du contrat", AJDA, 2011, p. 310.

ومن أشهر أحكام المجلس الدستوري في مجال الحرية المهنية أو حرية الشراكة حكمه الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢، حيث اعترف فيه بأن الحريـــة المهنية من الحريات الدستورية على أساس أن الحرية التي تتمثل في القــدرة على إتيان كل ما لا يضر بالغير، كما هو وارد بالمادة الرابعة من الإعـــلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن، لن تظل مصونة كما هــي إذا خــضعت الحرية المهنية لقيود تحكمية أو تعسفية(١).

(1) cons. Constit., n° 81-132, DC du 16 janvier 1982, Rec., p. 18: " Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre"; LUCHAIRE (F.), La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica, 1987, p. 119; RIVERO (J.), Le conseil constitutionnel et les libertés, 2e éd., Economica, 1987, p. 109; FAVOREU (L.), GAIA

ويعلق بعض الفقه الفرنسي على حكم المجلس الدستوري في شأن الحماية الدستورية للحرية المهنية على أساس أن المجلس اعتمد في حكمه على أن المجتمع الفرنسي يقوم على أساس من الحرية، ومن ثم لا تملك السلطات العامة في الدولة تقيد الحرية المهنية إلا بشرطين: أولهما أن هذه القيود ينبغي ألا تكون تعسفية، أي لا يجوز تقييدها إلى الحد الذي يؤدي إلى إهدار مبدأ الحرية المهنية ذاته، وثانيهما أن هذه القيود ينبغي ألا تكون تحكمية بما ينال من مبدأ المساواة[١].

وإن كان البعض الآخر من الفقه الفرنسي قد انتقد موقف المجلس الدستوري في اعتماده على المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لإقرار الحرية المهنية باعتبارها حرية دستورية، وذلك لما ينطوي عليه هذا الإسناد من مبالغة وإغراق في العمومية[٢].

(P.), GHEVONTIAN (R.) et autres, Droit constitutionnel, ed. 6, Dalloz, 2003, p. 802.

(1) LUCHAIRE (F.), " Les fondements constitutionnels du droit civil", R.T.D. civ., 1982, p. 263; FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.) et autres, Droit constitutionnel, ed. 6, Dalloz, 2003, p. 802.

(2) FAVOREU (L.) et PHILIP (L.) Nationalisations, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2009, p. 356-387.

وانظر أيضا تعليق الفقه على حكم المجلس الدستوري الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢:
DE VILLIERS (M.), "Du principe des nationalisations - Contrôle

ولكن هذا النقد ليس في محله كما يرى جانب من الفقه المصري -ونحن معهم- حيث إن الأمر لا يتعلق بثمة مبالغة بقدر ما يتعلق بالاستناد للمادة الرابعة من الإعلان كأساس عام لمفهوم الحرية بصفة عامة(١).

وفي عام ١٩٩٨ أكد المجلس الدستوري بوضوح ولأول مرة بأن الحرية المهنية أو حرية الشراكة وغيرها من الحقوق والحريات الأساسية كالمساواة أمام القانون والأعباء العامة والحق في العمل وحق العمال في المساهمة في تحديد شروط العمل وفي إدارة المشروع، كلها حقوق دستورية ناتجة عن المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام

---

minimal de constitutionnalité et erreur manifeste", Revue administrative, 1982, p. 153; CHARTIER (F.), "Les nationalisations. Problèmes juridiques en France et dans le Monde", Gazette du palais, 1981, p. 448 ; LEONARD (P.), "De la constitutionnalité des nationalisations", Gazette du palais, 1981, p. 440; HAMON (L.), Dalloz, 1983, Jur., pp. 169-176; FAVOREU (L.), "Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations", Revue du droit public, 1982, p. 377-433; RIVERO (J.), "Ni lu, ni compris?", Actualité juridique droit administratif, 1982, p. 209-214.

(١) د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص١٤٤.

Voir aussi, cons. Constit., n° 82-150 DC du 30 décembre 1982; BROUSSOLLE (D.), " La S.C.N. et Les transports intérieurs", AJDA, 1983, p. 236; D. 1984, IR, p. 468-471.

١٧٨٩[1]، حيث إن لفظ الحرية الوارد في نص المادة الرابعة سالفة الـذكر،

---

(1) cons. Constit., n° 98-401 DC, du 10 juin 1998, Rec., p. 258 : " Considérant que, s'il est loisible au législateur, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article 34 de la Constitution qui range dans le domaine de la loi "les principes fondamentaux ... du droit du travail...", de fixer la durée légale hebdomadaire du travail effectif et, dans ce cadre, d'instituer des mécanismes d'incitation financière propres à favoriser, dès l'entrée en vigueur de la loi, la réduction du temps de travail et la sauvegarde de l'emploi, cette disposition constitutionnelle, tout comme celle qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du droit syndical et de la sécurité sociale, ne sauraient dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, en ce qui concerne en particulier les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés; que figurent notamment, parmi ces droits et libertés, la liberté proclamée par l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, dont découle en particulier la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises"; voir aussi, MOLFESSIS (N.), "Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil", RTD civ., 1998, 3, p. 796; SCHOETTL (J.-É.), AJDA, 1998, p. 495; FAVOREU (L.), Revue française de droit constitutionnel, 1998, p. 640 ; MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), LPA, 1998, n 188, p. 18; FAVOREU (L.), "Loi sur les 35 heures", Dalloz, 2000, somm., p.60; voir sur le site http://www.conseil-constitutionnel.fr DE LAMOTHE (O.-D.), "Droits fondamentaux et interprétation du contrat: le regard du

والذي يتمثل في القدرة على إتيان كل ما لا يضر بالغير، قـد جـاء عامًـا ويتصف بالشمولية.

كما أكد المجلس الدستوري ذات الاتجاه السابق في أن الحرية المهنيـة أو حرية الشراكة تعد ناتجة عن المادة الرابعة من إعـلان حقـوق الإنـسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ بما يضفي عليها قيمة دستورية، وذلك في حكمه الصادر في ٢٧ يوليو ٢٠٠٠[١].

---

juge constitutionnel", 12 janvier 2007, 1-5; FAVRE (J.) et TARDIVEL (B.), " Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle", Chronique constitutionnelle, RDP, septembre-octobre 2000, p. 1411.

(1) cons. Constit., n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000m Rec., p. 121. Voir les commendataires sur cette arrêt: SCHOETTL (J.-É.), "La nouvelle modification de la loi 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication: dernier épisode en date d'un feuilleton constitutionnel", LPA, 31 juillet 2000 (151), p.12; HESLAUT (J.), "Acteurs de l'Internet, responsables mais pas coupables", LPA, 2000 (177), 5 septembre 2000, p. 4; BARBRY (É.) et OLIVIER (F.) "La responsabilité sur Internet", Semaine juridique (J.C.P.), 2000, Act., 27 septembre 2000, p. 1739; GALLOUX (J.-Ch.), Responsabilité civile et pénale des hébergeurs : le législateur doit revoir sa copie, Communication commerce électronique, 1 septembre 2000 (8), pp. 20-21; LEPAGE (A.), "Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur internet. La loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement",

ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يشر في أحكامه السابقة للجزء الأخير من المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن والخاص بعدم جواز تقيد ممارسة الحرية إلا بمقتضي قانون.

ولكن في حكمه الصادر في ١٦ يناير ٢٠٠١، ولأول مرة، يؤكد المجلس الدستوري على أن الحرية المهنية، المنبثقة من المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩، لا يجوز تقيدها إلا بمقتضي القانون ولضرورات دستورية أو لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة(١). ونفس الاتجاه

Dalloz, 2001 (4), pp. 322-327; JACQUINOT (N.) "Liberté de communication", Dalloz, 2001 (23), somm., pp. 1838-1839.

(1) cons. Constit., n° 2000-439 du 16 janvier 2001, Rec., p. 42: " Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi". Voir MERLAND (G.), " L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", Dalloz, cahiers constitutionnels de Paris I; MATHIEU (B.), " Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme", D., 1995, chron., p. 211; MERLAND (G.), L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, LGDJ, 2004, spéc., p. 200; Cons. Constit., 26 Novembre 2010 - Décision N° 2010-69 QPC , J. O. du 27 novembre 2010 p. 21118; cons. Constit., 13 mai 2011, déc. n° 2011-126 QPC, J.O., 13 mai 2011,

نجده في أحكام أخرى للمجلس الدستوري في ٢٧ نوفمبر ٢٠٠١[١] و١٢ يناير ٢٠٠٢[٢] وحكمه الصادر في ١٦ يوليو ٢٠٠٩[٣]، وحكمه الصادر في ٢٤

---

p. 8400; ROHAN (P.-A.) et LEONETTI (R.), "Bail emphytéotique administratif et intérêt général", AJDA, 2011, p. 510.

(1) cons. Constit., n° 2001-451 du 27 novembre 2001, Rec., p. 145. Voir aussi, RIBES (D.), "Le législateur, la protection sociale et la libre entreprise", Revue française de droit constitutionnel, 2002 (49), pp. 174-181; B.M. et M.V., note sous la Décision - 2001-451 DC - Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles du 27 novembre 2001, chro., n° 28 2e partie, LPA, 17 septembre 2002, n° 186.

(2) con. Constit., n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Rec., p. 49. voir aussi, RENEAUD (F.) "La liberté d'entreprendre aurait-elle un "coût". A propos du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 janvier 2002 sur l'article 107 de la loi de modernisation sociale", AJDA, 2002 (18), pp. 1163-1167 ; FRANCK (C.), "Loi de modernisation sociale : La nouvelle définition du licenciement économique porte atteinte à la liberté d'entreprendre", Semaine juridique (J.C.P.), 2002 (24), pp. 1096-1100; GAY (L.), "Liberté d'entreprendre et licenciement", Dalloz, 2003 (17), pp. 1129-1130.

(3) cons.constit., Décision N° 2009-584 DC Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires Journal officiel du 22 juillet 2009, p. 12244: "considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles

يونيو ٢٠١١(١).

---

ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ; qu'en outre, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit". OBERDORFF (H.), " A propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789", RDP, 1989, p. 665.

(1) cons. Constit., 24 juin 2011, decs. n° 2011-141 QPC, J.O., 25 juin 2011, p. 10842.

كما اعتمد المجلس الدستوري على المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن في حكمه الصادر في ١٣ يناير ٢٠٠٣ كأساس لحماية الحق في الذهاب والإياب، حيث قضى بأن المشرع عليه أن يوازن بين منع الاعتداء على النظام العام من ناحية، وممارسة الحريات الدستورية كحرية الذهاب والإياب وحرمة الحياة الخاصة من ناحية أخرى.

Voir cons. Constit., n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Rec., p. 211.Voir, DELPECH (X.), "La liberté d'association cède devant la liberté contractuelle", obs., D. 14 mai 2010; EGEA (V.), Droit à l'image d'un mannequin et liberté contractuelle", obs., D., 14 mai 2010; Con. Constit., 10 Mars 2011 - Décision N° 2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, J. O. du 15 mars 2011, p. 4630; S. BRONDEL, "LOPPSI II : pas de salles d'audience en centre de rétention"

Décision rendue par Conseil constitutionnel, 10 mars 2011, n° 2011-625-DC, AJDA, 2011, p. 532.

كما ربط المجلس الدستوري ولأول مرة في حكمــه الــصادر فــي ١٩ ديسمبر ٢٠٠٠ بين المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي وحريــة التعاقــد[١]، وكذلك أعطى المجلس الدستوري للمتعاقد في إطار القانون الخاص الحق في فسخ العقد استنادًا أيضًا للمادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنــسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩[٢].

بعد هذا العرض التفصيلي لأحكام المجلس الدستوري التي اســتند فيهــا على المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الــصادر عام ١٧٨٩ لإضفاء القيمة الدستورية على العديد مــن الحقــوق والحريــات كحرية الاجتماع والحرية المهنية، لم يعد مقبولاً من المجلس الدستوري القول بعدم دستورية حرية التعاقد استنادا لعدم ورود هذه الحرية في المادة الرابعــة من الإعلان الفرنسي حيث اعتمد المجلس على المادة الرابعة مــن الإعــلان لإضفاء قيمة دستورية على حقوق وحريات لم يرد النُص عليهــا فــي هــذه

---

(1) cons. Constit., n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Rec., p. 176; cons. Constit., 2006-535 DC du 30 mars 2006, J.O., du 2 avril 2006, p. 4964: "La liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen".

(2) cons. Constit., 99-419 DC du 19 novembre 1999, Rec., p. 116; MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), AIVAZZADEH (S.) et BAGHESTANI-PERREY (L.), note, chronique de jurisprudence constitutionnelle no 23 novembre 1999 - Janvier 2000 (1re Partie), Lpa, 26 juillet 2000 n° 148, P. 11.

المادة.

وسوف نتناول دور المجلس الدستوري في مجال حرية التعاقد سواء في القانون العام أم الخاص في الفصل الثاني من هذه الدراسة حيث اعتمد المجلس الدستوري على المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ كأساس لحرية التعاقد.

المطلب الثاني

دور المشرع الدستوري في إرساء مبدأ حرية التعاقد

بعد أن عرضنا لمفهوم حرية التعاقد في ضوء المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، نتطرق الآن لبيان الوضع في الدستور الفرنسي والمصري.

لقد أكدت مقدمة دستور فرنسا السابق الصادر عام ١٩٤٦ على الحقوق والحريات التي جاء النص عليها في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، وزاد عليها حقوق وحريات أخرى لم يرد ذكرها في هذا الإعلان، كالحق في المساواة بين الرجل والمرأة، وحق اللجوء السياسي، وبعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية[١]. ثم صدر دستور فرنسا الحالي عام ١٩٥٨ مؤكدًا في مقدمته على التمسك بما ورد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ من حقوق وحريات، وما تقرر زيادة عليها بمقتضى ديباجة دستور ١٩٤٦، بما في ذلك ما تقررها المبادئ الأساسية المسلم بها في قوانين الجمهورية[٢].

---

(١) د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص١٣٨؛ د/ ثروت عبد العال، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، المرجع السابق، ص٥٤.

(2) Le préambule de la constitution français de 1958 dispose que Le peuple français proclame solennellement son attachement aux

وبالبحث في أسلوب إدارة الجماعات المحلية ومدى خضوعها لنظام الوصاية من جانب السلطة المركزية ومن ثم مدى تمتع الهيئات اللامركزية بقدر كبير من حرية الإدارة، نجد أن الدستور الفرنسي للجمهورية الرابعة الصادر عام ١٩٤٦ تضمنت المادة ٨٧ منه- ولأول مرة- أن تتولى مجالس منتخبة بالاقتراع العام إدارة الجماعات المحلية بحرية. ولكن نظرًا لعدم وجود نظام الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، فلم تتوافر حماية فعالة لمبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية، على العكس من ذلك في ظل الجمهورية الخامسة حيث صدر الدستور الفرنسي الحالي عام ١٩٥٨ ونظم الرقابة على دستورية القوانين واللوائح من خلال مجلس دستوري تم إنشائه لهذا الغرض.

حيث تضمنت المادة ٧٢ من الدستور الفرنسي الحالي الفقرة الأولى منها تعداد للجماعات الإقليمية في الجمهورية الفرنسية وهى البلديات والمقاطعات والجهات والجماعات ذات الوضع الخاص والجماعات الواقعة فيما وراء البحار التي تحكمها المادة ٧٤. وتنشأ كل جماعة إقليمية أخرى بموجب القانون، عند الاقتضاء، محل جماعة أو عدة جماعات إقليمية منصوص عليها

Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

في هذه الفقرة[١]. أما الفقرة الثانية من ذات المادة فقد نصت علي أنه يمكن للجماعات الإقليمية أن تتخذ القرارات في كل الاختصاصات التي يمكن تطبيقها على مستواها بأفضل طريقة ممكنه[٢].

ثم جاءت الفقرة الثالثة من المادة ٧٢ من الدستور وأكدت على مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية حيث نصت على أن تتولى مجالس منتخبة إدارة هذه الجماعات بحرية وفق الشروط المنصوص عليها في القانون، وتتمتع بسلطة تنظيمية لممارسة اختصاصاتها[٣].

(1) L'article 72 de la constitution française dispose que : "Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa". Voir ALCARAZ (A.), "Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003: Illustration des limites du contrôle de constitutionnalité", RFDA 2009, p. 497.

(2) "Les collectivités territoriale ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon".

(3) "Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences".

ولقد أُدخل هذا التعديل على الدستور الفرنسي بمقتضى القوانين الأساسية الخاصة باللامركزية الإدارية الصادرة عام ١٩٨٢، حيث عُرض الأمر على المجلس الدستوري وأصدر قراره في ٢٥ فبراير ١٩٨٢[١]. وبذلك أكد المشرع الدستوري على مبدأ حرية إدارة الجماعات الملحية من خلال مجلس منتخب[٢].

(1) cons. Constit., n° 82-137 DC et n° 82-138 DC du 25 février 1982, Rec., p. 38; BOULOUIS (J.), note sous l'arrêt cons. Constit., n° 82-137 DC et n° 82-138 DC du 25 février 1982, AJDA, 1982, p. 303; ETIEN (R.), note sous l'arrêt cons. Constit., n° 82-137 DC et n° 82-138 DC du 25 février 1982, Rev. Adm., 1982, p. 352; FAVOREU (L.), note sous l'arrêt cons. Constit., n° 82-137 DC et n° 82-138 DC du 25 février 1982, RDP, 1982, p. 1259; le même auteur, "Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales, in la nouvelle décentralisation", Sirey, 1983; "Libertés locales et libertés universitaires", RDP, 1984, n° 3; LUCHAIRE (F.), "La décentralisation dans les DOM", AJDA, 1983, p. 120; le meme auteur, "Les fondements constitutionnels de la décentralisation", RDP, 1982, p. 1543; ROUX (A.), "Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales", RFDA, 1992, p. 453 et s.; PHILIP (L.), "Les garanties constitutionnelles du pouvoir financier local", RFDA, 1992.

(2) Voir, BOULOUIS, "Réflexions et commentaires: Une nouvelle conception institutionnelle de l'administration territoriale", AJDA, 1982, p. 304; ROUX (A.), " Le statut constitutionnel des collectivités locales", RFDA, 1992, p. 435; FAURE (B.), "Existe-t-il un pouvoir local au droit constitutionnel français?", RDP, 1996, p. 1539.

فإذا كان النص الدستوري لم يحدد مضمون مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية وفحواه، نجد أن المجلس المنتخب على أساس الاقتراع العام هو الذي يتولى إدارة الجماعات المحلية وتحديد مضمون المبدأ وفحواه، ومن ثم لا يملك المشرع العادي أن يعدل في هذا النظام وإلا أضحى هذا التشريع غير دستوري.

وإذا لم يتم تحديد مضمون مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية وفحوى هذا المبدأ من جانب المجلس المنتخب، يتولى المشرع العادي إصدار تشريع يحدد مدى حرية إدارة الجماعات المحلية وضوابط هذه الحرية. حيث أشار المشرع الدستوري إلى ذلك في المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي التي تقضي بأن يحدد المشرع المبادئ الأساسية الخاصة بحرية إدارة الجماعات المحلية واختصاصاتها ومواردها[1]، حيث يقتصر دور المشرع العادي- في ضوء المادة ٣٤ من الدستور- على تحديد المبادئ الأساسية فقط تاركا التفصيلات للسلطة اللائحية والمجلس المنتخب طبقا لما نصت عليه المادة ٧٢ من الدستور الفرنسي الحالي.

---

(1) L'article 34 de la constitution de 1958 dispose que: " La loi détermine les principes fondamentaux : .... ; de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources. Voir ALCARAZ (A.), "Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003: Illustration des limites du contrôle de constitutionnalité", RFDA 2009, p. 497.

نجد أن العلاقة بين مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية ومبدأ حرية التعاقد علاقة موضوعية تتعلق بمضمون العمل وفحواه لا بشكله وظاهره، حيث تملك جميع الهيئات اللامركزية حرية اللجوء للتعاقد من عدمه كما لها حرية الاستمرار في التعاقد من عدمه كما لها حرية اختيار طرق تنفيذ الأعمال وكيفية استعمالها، كما لها الحرية في إدارة المرافق المحلية واختيار أسلوب الإدارة.

حيث قضى المجلس الدستوري في حكم شهير له صدر في ٨ يوليو ٢٠١١ بعدم دستورية نص المادة ٢٢٢٤-١١-٥ من تقنين الجماعات المحلية لتعارضها مع مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية طبقا للمادتين ٣٤ و٧٢ من الدستور الفرنسي.(Con. Constit., 8 juillet 2011 - Décision N° 2011-146 QPC) حيث تبين للمجلس الدستوري أن المادة ٢٢٢٤-١١-٥ من تقنين الجماعات المحلية تفرض على الجماعات المحلية أسلوب لإدارة مرافقها مما يتعارض مع المادة ٧٢ من الدستور الفرنسي.

رغم الحرية التي تتمتع بها الجماعات المحلية في إدارة أعمالها من خلال مجالس منتخبة إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، كما هو الشأن في حرية التعاقد[1]، حيث إن الجماعات المحلية ملتزمة باحترام الدستور والقوانين

(1) TERNEYRE (Ph.), " Secteur public et concurrence: la convergence des principes à propos de la liberté contractuelle", AJDA, 2007, p. 1906.

الواجبة التطبيق والمعاهدات الدولية التي وقعت عليها فرنسا وصدقت عليها ودخلت حيز النفاذ، كما يجب مراعاة المصلحة العامة التي تعتبر قيدًا على ممارسة الحرية بصفة عامة والحرية في إدارة الجماعات المحلية وحرية التعاقد بصفة خاصة[1].

فمثلا لو أرادت الجماعات المحلية إبرام عقد، فلا يجوز أن يتضمن شرطا أو نصا يتعارض مع الدستور، كأن ينص في العقد على حرمان العمال من الحق في الإضراب. كما يجب علي الجماعات المحلية مراعاة قواعد الاختصاص بينها وبين الدولة أو بينها وبين باق الجماعات الأخرى التي نظمتها قوانين اللامركزية الإدارية[2].

كما يجب على الجماعات المحلية إذا أرادت إبرام عقد تفويض مرفق

(1) LAJOYE (CH.), " De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle", CRDF, n° 1, 2002, p. 117. Voir MERLAND (G.), "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", Dalloz, cahiers constitutionnels de Paris I; MATHIEU (B.), " Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme", D., 1995, chron., p. 211; MERLAND (G.), L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, LGDJ, 2004, spéc., p. 200; JANICOT (L.) "La rationalisation manquée des groupements d'intérêt public", AJDA, 2011, p. 1194.

(2) BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.) et RICCI (J.-C.), Droit des collectivités territoriales, PUF, coll. Thémis, p. 136 et s.

عام محلي مراعاة قواعد وإجراءات المنافسة والعلانية المنصوص عليها في قانون ٢٩ يناير ١٩٩٣ المعروف باسم قانون Sapin[١].

---

(1) LIEBER (S.- J.) et BOTTEGHI (D.), " La loi Sapin et la limitation de la durée des délégation de service public: une application immédiate à effet diffère", AJDA 2009, p. 1090. Depuis 1993, la durée du contrat de délégation de service public est régie par l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 (art. L. 1411-2 CGCT) qui dispose : «les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre (art. L. 1411-2 CGCT)». Cette disposition, contestée devant le Conseil constitutionnel, a néanmoins été considérée conforme à la Constitution par sa décision du 20 janvier 1993 (Cons. constit. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, RFD adm. 1993, p. 918, note D. Pouyaud.). Il a affirmé que le législateur a laissé, sous le contrôle du juge, une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce, eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées(Cons. constit. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, RFD adm. 1993, p. 918, note D. Pouyaud ; de même, TA de Lyon 18 avril 1996, Communauté urbaine de Lyon c/ Préfet du Rhône, LPA 23 septembre 1996, n° 115, p. 10, note P. Martin-Genier). PASTOR (J.-M.),

يتضح لنا من العرض السابق أن حرية إدارة الجماعات المحلية من خلال مجلس منتخب مبدأ ذو قيمة دستورية، فإن هذا المبدأ يعطى الحق للهيئات اللامركزية في إبرام العقود أو عدم إبرامها، كما يكون لها الحق في الاستمرار في تنفيذ عقودها أو عدم تنفيذها لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة(1).

كما هو الشأن في الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام ١٩٥٨، لم **يتضمن الدستور المصري** الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ نصًا خاصًا يقرر حرية التعاقد تحديداً، بما يؤكد قيمتها الدستورية، كما لم يتضمن الإعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ بعد سقوط دستور ١٩٧١ بعد قيام الثور المصرية المجيدة في ٢٥ يناير ٢٠١١، أي نص يتضمن الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد.

ولقد نادى البعض من الفقه المصري منذ عام ١٩٩٣ بضرورة تعديل

"Application de la loi Sapin aux délégation de service public antérieures", Obs., D., 20 avril 2009.

(1) MODERNE (F.), "La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle?", RFDA, 2006, p. 2; FAVOREU (L.) et ROUX (A.), "La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?", Cah. Cons. Const., 2002, n 12, p. 88; MAHOUCHI (M.), La liberté contractuelle des collectivités locales, Th., Aix-en-Provence, 2001.

الدستور المصري الصادر في عام ١٩٧١ لأنه أصبح غير ملائم للأوضاع الاقتصادية الجديدة، ولا يستجيب لمتطلبات الإصلاح الاقتصادي والاتجاه نحو تحرير الاقتصاد وإعمال آليات السوق[1]. وانتهى هذا الجانب الفقهي إلى ضرورة "إدخال تعديلات جوهرية وأساسية على نصوص الدستور، وإضافة نصوص جديدة توفر الأرضية القانونية الدستورية لاقتصاد السوق الحرة.... وهو ما يتحقق عن طريق إرساء مبدأ التراضي في التعاقد المدني والسياسي، والمشهور بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين"[2].

ولكن جانبا آخر من الفقه يرى- ونحن معهم- أن حرية التعاقد تكمن في نص المادة ٤١ من دستور مصر الصادر ١٩٧١ والذي ألغي العمل به بصدور الإعلان الدستور في ٣٠ مارس ٢٠١١ مع الإبقاء على بعض نصوص الدستور الملغي، ومنها نص المادة ٤١ والتي تعادل نص المادة ٨ من الإعلان الدستوري والتي تنص على أن "الحرية الشخصية حق طبيعي وهى مصونة لا تمس". فصون الحرية الشخصية لا يكتمل بمجرد توفير الحماية الجنائية كما نصت عليه المادة الثامنة من الإعلان الدستوري والتي تقضي بأنه وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه

---

(١) د/ سعاد الشرقاوي، تحرير الاقتصاد ودستور ١٩٧١، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص٣٣.

(٢) د/ سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص٥٠.

أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون. ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي، وإنما يقتضي الأمر فوق ذلك توفير حماية مدنية لها وهو ما لا يتحقق إلا بالتسليم لكل شخص بإرادة حر في الاختيار وحرية التعاقد.

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها نذكر منها حكمها الصادر في ٧ يونيو ١٩٩٧ التي قضت فيه بأن " حرية التعاقد، قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صونًا للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائن يحمل على ما لا يرضاه، بل بشر سوي. بيد أن حرية التعاقد هذه التي تعتبر في القضاء المقارن حقًا طبيعياً، ولازمًا كذلك لكل إنسان تطويرًا لإرادة الخلق والإبداع، وانحيازا لطرائق في الحياة يختارها، ويكون بها أكثر اطمئنانا لغده، يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان، فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حق موصوفًا A qualifié right ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يدنيها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها، بين تمردها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها، بين مروقها مما يحد من اندفاعها،

وردها إلى ضوابط لا يمليها التحكم. وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع عليها، تقديرًا بأن الحرية الشخصية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضروريًا لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض"[١]. وهذا الدور للمحكمة الدستورية العليا في مصر سوف نتناوله تفصيلا عند دراسة الفصل الثاني لدور القضاء الدستوري في ارساء مبدأ حرية التعاقد.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، ١٩٩٧/٦/٧، القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية، ص٦٦٧.

الفصل الثاني

دور القضاء الدستوري في إرساء

مبدأ حرية التعاقد

بعد أن تعرضنا للتكريس الدستوري لمبدأ حرية التعاقد، وبينا ما للإرادة من دور في إرساء هذا المبدأ، كما نتناولنا أيضًا موقف المشرع الدستوري، سواء في فرنسا أم في مصر من عدم النص صراحة علي مبدأ حرية التعاقد، فيثور التساؤل عن دور القضاء الدستوري من إقرار القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد من عدمه، خصوصًا في ضوء حكم المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤ الذي أقر فيه بأنه لا توجد قاعدة ذات قيمة دستورية تحمي مبدأ حرية التعاقد. ثم نجد تطورًا لاتجاه المجلس الدستوري بشأن الاعتراف بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، مما يشكل عدولا عن حكمه الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤، بعكس الوضع في مصر نجد المحكمة الدستورية العليا كان موقفها واضحًا وصريحًا في الاعتراف بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد من البداية.

ولبحث مدى تمتع مبدأ حرية التعاقد بقيمة دستورية من عدمه، يتطلب منا أن نعرض لموقف القضاء الدستوري الفرنسي في المبحث الأول، ثم نعرض لدور القضاء الدستوري المصري في إرساء هذا المبدأ في المبحث الثاني.

المبحث الأول

دور القضاء الدستوري الفرنسي في ارساء مبدأ حرية التعاقد

في حقيقة الأمر مبدأ حرية التعاقد لم يبدأ في الظهور في القضاء الدستوري الفرنسي إلا في التسعينيات من القرن الماضي، حيث تمت الإشارة إليه بصورة غير مباشرة في الفترة السابقة على ذلك، وخصوصا بعد إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي عام ١٩٥٨، حيث استخدمت عبارات تدل على وجود مبدأ حرية التعاقد بصورة غير مباشرة مثل استقلال الإرادة L'autonomie de la volonté وثبات العقود Immutabilité des contrats.

لذا فإننا سوف نتناول دور المجلس الدستوري في إرساء مبدأ حرية التعاقد في المرحلة السابقة علي التسعينيات من القرن الماضي في المطلب الأول، ثم دوره في المرحلة اللاحقة على هذه الفترة حتى الآن في المطلب الثاني.

المطلب الأول

موقف المجلس الدستوري في الفترة السابقة على التسعينيات من القرن الماضي

ففي الفترة السابقة على التسعينيات من القرن الماضي، نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي كان متشددًا في الاعتراف بمبدأ حرية التعاقد وذلك من خلال المنازعات التي كانت تعرض عليه. ففي قضية تتعلق بتنازع الاختصاص بين السلطات تتلخص وقائعها في صدور قرار من الوزير الأول في ٧ يناير ١٩٥٩ بتعديل قيمة إيجار مزرعة رغم وجود عقد إيجار يخضع لأحكام القانون الخاص وليس لأحكام القانون العام. فتم الطعن على هذا القرار من جانب رئيس مجلس الشيوخ على أساس أن هذا القرار يمثل اعتداء على المبادئ الأساسية التي تنظمها المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي الخاصة بالحق في الملكية وضرورة احترام الالتزامات المدنية، حيث ينحصر هذا الاختصاص للسلطة التشريعية فقط طبقا للمادة ٤١ من الدستور. كما تم الدفع بأن الحق في الملكية واستقلال الإرادة وثبات الاتفاقات يعتبر من المبادئ الأساسية التي تحميها المادة ٣٤ من الدستور، ومن ثم يجب في حالة تعديل هذه المراكز القانونية أن يتدخل المشرع بمقتضى قانون وليست السلطة التنفيذية بمقتضى قرار لائحي.

ولكن المجلس الدستوري رفض هذا الطعن وأعطى الحق للسلطة التنفيذية بالتدخل لوضع حدود لنطاق حرية إرادة المتعاقدين أو أن تفرض

عليهم بعض الشروط التي تتفق مع صحيح القانون. ومن ثم لا يعتبر القـرار الصادر في ٧ يناير ١٩٥٩ بتعديل قيمة إيجار المزرعة اعتداء على المبادئ الأساسية التي تحميها المادة ٣٤ من الدستور(١).

(1) cons. Constit., 27 novembre 1959, n° 59-1 DC, FNR, Rec., p. 71; RJC III-I, L. Favoreu et L. Philip, GDCC, 12e éd., Dalloz, 2003, p. 67: "Considérant que ceux de ces principes qui sont ici en cause, à savoir la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions, doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers ; 5. Considérant que, s'agissant plus spécialement de la matière des baux à ferme, les pouvoirs publics ont pu ainsi, sans mettre en cause l'existence des principes sus rappelés, limiter le champ de la libre expression des volontés des bailleurs et des preneurs en imposant certaines conditions d'exécution de leurs conventions, notamment en ce qui concerne les modalités de calcul et de révision du montant des fermages ; Que les dispositions du décret du 7 janvier 1959, qui se bornent à modifier ces prescriptions statutaires antérieures, ne sauraient, dès lors, être regardées comme comportant une altération des principes fondamentaux applicables en la matière ; Qu'il suit de là que ces dispositions ont un caractère réglementaire et que le Premier Ministre a pu, à bon droit, opposer à la proposition de loi susvisée qui tend à leur abrogation l'irrecevabilité prévue par l'article 41 de la Constitution".

ولقد طبق المجلس الدستوري ذات الاتجاه في أحكامه اللاحقة، نذكر منها علي سبيل المثال حكمه الصادر في ٨ سبتمبر ١٩٦١[١] وحكمـه فـي ٢٨ نوفمبر ١٩٧٣[٢].

---

(1) con. Constit., n° 61-3 FNR, du 8 septembre 1961, Rec. 48: "Considérant en effet que, si l'article 34 réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles, ceux de ces principes qui sont ici en cause, à savoir la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions, doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure à la Constitution en vue de permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers; que, s'agissant de la matière des prix, la portée des principes sus-rappelés doit s'analyser compte tenu du pouvoir très général d'établissement des prix reconnu au Gouvernement depuis l'ordonnance du 30 juin 1945 ; que c'est dans le cadre de cette compétence réglementaire, consacrée par la loi du 17 août 1948, qu'un décret du 18 septembre 1957 avait déjà institué un régime des prix d'objectifs agricoles qui a subi depuis diverses modifications et auquel les dispositions de la proposition de loi présentement examinée ne feraient qu'apporter de nouveaux aménagements".

(2) Cons. Constitute., n° 73-80, du 28 novembre 1973, Rec., p. 45: "Considérant que les principes qui sont ici en cause, à savoir la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions,

ولكن هذا الاتجاه القضائي تعرض للنقد من جانب بعض الفقه الفرنسي، حيث لا يجوز للسلطة اللائحية أن تصدر قرارًا تعدل بمقتضاه الاتفاقات التي تمت بين الطرفين، ومن ثم تمثل اعتداء على حرية الإرادة وثبات العقود خصوصًا العقود التي تبرم في إطار القانون الخاص، كما أن هذا التدخل من جانب السلطة اللائحية قد مس عقودًا ما زالت سارية مما يخل بالتوازن بين الطرفين(١).

كما أشار المجلس الدستوري إلى القيمة القانونية لمبدأ حرية التعاقد بطريقة غير مباشرة دون ذكره لهذا المبدأ صراحة، وذلك عندما عرضت عليه منازعات تتعلق بتطبيق القانون على اتفاقات عقدية مازالت سارية أي تتعلق بتطبيق القانون بأثر رجعي على هذه التعاقدات، وذلك في الفترة السابقة على التسعينيات من القرن الماضي.

---

doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers".

(1) ROUHETTE (G.), " Droit de la consommation" et théorie générale du contrat, in Etudes offertes à René Rodière, Dalloz, 1981, p. 247; MOLFESSIS (N.), Les sources constitutionnelles du droit des obligations, in Le renouvellement du droit des obligations, LGDJ, 1996, p. 65.

ففي حكم المجلس الدستوري الصادر في ٢٧ يوليو ١٩٨٢ الخاص ببحث مدى دستورية القانون المعروض عليه في هذه المنازعة والخاص بإعادة التخطيط، حيث تضمن القانون المعروض عليه في النزاع تعديلاً لعقود الخطة التي مازالت سارية المفعول. حيث دفع الطاعنون أمام المجلس الدستوري بأن المشرع لا يملك بمقتضى المادة ٣٤ من الدستور أن يصدر تشريعات تمس العقود التي مازالت سارية المفعول.

ولكن المجلس الدستوري قضى بأنه لا توجد قاعدة أو مبدأ دستوري يمنع المشرع، الذي يستمد اختصاصاته من الدستور، من أن يصدر التشريعات التي تعدل أو تلغي التشريعات السابقة[١].

وفي حكم آخر للمجلس الدستوري في ١٩ يوليو ١٩٨٣ عرض عليه قانون يتعلق بإلغاء اتفاق ضريبي تم إبرامه بين الدولة وإحدى مقاطعات ما وراء البحار La Nouvelle-Calédonie، فدفع أمام المجلس بأن القانون يجب عليه احترام هذا الاتفاق من حيث المبدأ العام. ولكن المجلس الدستوري قضى بأنه لا توجد قاعدة ومبدأ ذا قيمة دستورية تفرض على الدولة إبرام اتفاقات مع الجماعات المحلية أو مع مقاطعات ما وراء البحار[٢].

---

(1) Cons. Constitut., Décision N° 82-142 DC, du 27 juillet 1982, J. O. du 29 juillet 1982, p. 2424.

(2) Cons.Constitut. du 19 juillet 1983 - Décision N° 83-160 DC Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire

كما أكد المجلس الدستوري في ذات الحكم أنه لا يوجد مبدأ أو قاعدة ذو قيمة دستورية تمنع الدولة أو الجماعات المحلية التي تستمد اختصاصاتها من الدستور والقانون من مراعاة الاتفاقات التي تساهم في الحياة الإدارية(١).

كما أشار المجلس الدستوري في ذات الحكم إلى القول بأن هذه الاتفاقات تكون لها قوة ملزمة بالنسبة للحكومة والإدارة والقضاء استنادًا لأحكام القانون الفرنسي. أما المشرع الذي يستمد سلطاته من الدستور لا يمكن منعه بمقتضى عمل فردي أو اتفاقي من أن يعدل قانونًا قائمًا أو ساري المفعول، حيث إن

---

d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances J. O du 21 juillet 1983, p. 2251: " Considérant que, de façon générale, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions ou les territoires d'outre-mer".

(1) Cons. Constitut. du 19 juillet 1983 - Décision N° 83-160 DC Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances J. O du 21 juillet 1983, p. 2251: "Considérant que, de même, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'Etat, d'une part, et des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi".

هذه الاتفاقات لا تستطيع- على أساس موضوعها أو آثارها- أن تقيد سلطات المشرع المستمدة من الدستور[١].

وفي حكمين آخرين للمجلس الدستوري في هذه الحقبة في عامي ١٩٨٤ و١٩٨٩ يتعلقان بالعلاقة بين القانون الجديد والعقد ساري المفعول. ففي الحكمين أثار الطاعنون فكرة حرية التعاقد ولكن المجلس الدستوري تجاهلها تماما ولم يشر إليها في هذين الحكمين وهما:

الحكم الأول الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٨٤ الخاص ببحث مدى دستورية قانون الرقابة على أبنية الاستغلال الزراعي وتنظيم الأجرة الزراعية. ففي المادة الثانية عشر من هذا القانون تبين للطاعنين أنها تتضمن تحديدًا لقطع الأراضي الخاضعة لنظام الإيجار على أساس طبيعتها وما يلحق بها، وذلك

---

(1) Cons. Constitut. du 19 juillet 1983 - Décision N° 83-160 DC Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances J. O du 21 juillet 1983, p. 2251: "Considérant que de telles conventions, de pur droit interne, puisent leur force obligatoire à l'égard du Gouvernement, des administrations et des juridictions dans la loi française en vigueur; que le législateur, qui n'est soumis qu'à l'autorité de la Constitution, ne peut s'interdire lui-même, que ce soit unilatéralement ou conventionnellement, de modifier la loi en vigueur ; que, par suite, de telles conventions ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de restreindre l'exercice des compétences conférées au législateur par la Constitution".

من خلال قرار يصدر من ممثل الدولة في كل مرحلة يتم تجديد عقد الإيجار على أن يسري ذلك على العقود التي سوف تنتهي خلال سنة، مما يعد ذلـك مخالفًا للدستور الفرنسي. ولكن المجلس الدستوري قضي بـأن مـا يدعيـه الطاعنون على هذه المادة لا يعتبر مبدأ ذا قيمة دستورية، كما أن المشرع لم يمارس إلا سلطاته التي منحها له الدستور[١].

أما الحكم الثاني الصادر في ٤ يوليو ١٩٨٩ نجد أنه يتعلـق بـصدور قانون رقم ٨٦-٩١٢ في ٦ أغسطس ١٩٨٦ يتعلق بتخصيص المـشروعات العامة. حيث دفع الطاعنون بأن هذا القانون يتضمن أحكامًـا تـسري بـأثر رجعي على عقود مازالت سارية مما يعتبر اعتداء على مبدأ عـدم رجعيـة

(1) cons. Constitut., du 26 juillet 1984 - Décision N° 84-172 DC, Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage J. O. du 28 juillet 1984, p. 2496: "Considérant que cet article relatif à la définition des parcelles soumises au statut du fermage précise que la nature et la superficie maximale à retenir, lors de chaque renouvellement de la location, sont celles figurant dans l'arrêté du commissaire de la République en vigueur à la date du renouvellement et prévoit, à titre transitoire, que ces arrêtés s'imposeront de plein droit aux parties aux contrats en cours à l'expiration d'un délai d'un an; Considérant qu'en prenant ces dispositions, le législateur n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui appartiennent de fixer les conditions de mise en vigueur des règles qu'il édicte; que, dès lors, contrairement à ce que soutiennent les auteurs de la saisine, il n'a méconnu aucun principe de valeur constitutionnelle".

القوانين في مجال التعاقد، وذلك استنادا إلى القول بأن هذا المبدأ ذو قيمة دستورية ونصت عليه المادة الثانية من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن، وأكدت عليه مقدمة دستور ١٩٤٦ وكذلك مقدمة دستور فرنسا الحالي، كما يمثل هذا القانون اعتداء على مبدأ المساواة، كما يتعارض ذلك مع الحرية المهنية والحق في الملكية.

ولكن المجلس الدستوري رفض هذا الدفع وقضي بأن المادة الثانية من الإعلان الفرنسي لم تمنع المشرع لاعتبارات المصلحة العامة من أن يُعدل في شروط تنفيذ العقود سارية المفعول. كما أشار المجلس الدستوري إلى أنه في الفترة السابقة على صدور دستور ١٩٤٦، صدرت العديد من التشريعات التي كانت تُعدل في العقود سارية المفعول، وذلك لاعتبارات المصلحة العامة. ومن ثم فإن منع كل رجعية للقوانين في مجال التعاقد لا يُعد من ضمن المبادئ الأساسية التي أقرتها قوانين الجمهورية في الفقرة الأولي من مقدمة دستور ١٩٤٦ الفرنسي. كما أكد المجلس الدستوري في ذات الحكم على أن تدخل المشرع بتعديل التعاقدات المتعلقة بحقوق والتزامات المنصرف لهم في المساهمة في المؤسسات التي تم تخصيصها ليس له علاقة بتنظيم ممارسة الحريات العامة. كما رفض المجلس ما دفع به من جانب الطاعنين من أن تطبيق القانون بأثر رجعي على العقود سارية المفعول يتعارض مع الدستور[1].

---

(1) Cons. Constitut., du 4 juillet 1989 - Décision N° 89-254 DC, Loi

modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations. Journal officiel du 5 juillet 1989, p. 8382: "Considérant que les députés auteurs de l'une des saisines exposent que la loi déférée est rétroactive dans la mesure où elle dispose qu'à l'exception des cas où s'exerce le contrôle de l'autorité administrative les cessions d'actions de sociétés privatisées sont libres nonobstant tout convention contraire antérieure à ladite loi ; qu'il y a, par suite, une remise en cause de situations contractuelles dans la mesure où se trouvent caduques les stipulations de conventions intervenues dans le passé qui restreignent la libre cessibilité des actions des sociétés; qu'il est soutenu qu'un tel effet est contraire au principe de non-rétroactivité des lois qui, en matière contractuelle, a valeur constitutionnelle; qu'il est affirmé à cet égard que la rétroactivité en matière contractuelle se heurte tant au principe de sûreté posé par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qu'à un principe fondamental reconnu par les lois de la République solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958; qu'en outre, la loi remettrait en cause une situation existante relative à l'exercice d'une liberté publique; Considérant qu'en inscrivant la sûreté au rang des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution; Considérant qu'antérieurement à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946, diverses lois ont, pour des motifs d'intérêt général, fixé des règles s'appliquant à des contrats en cours; qu'ainsi, la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme constituant un

ففي المرحلة اللاحقة على إنشاء المجلس الدستوري والسابقة على التسعينيات من القرن الماضي، نجد أن أحكام المجلس الدستوري الفرنسي لم تشر إلى اصطلاح حرية التعاقد صراحة وتجاهلت الرد على أي طعون تتعلق بها سواء فيما يتعلق بتحديد قواعد الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية أم فيما يتعلق بتطبيق القانون بأثر رجعي على التعاقدات سارية المفعول.

principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa premier du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946; Considérant que le fait pour le législateur de modifier des stipulations contractuelles relatives aux droits et obligations des acquéreurs d'actions des sociétés privatisées est sans rapport avec l'organisation de l'exercice d'une liberté publique; qu'ainsi, l'argument tiré de ce que la loi déférée mettrait en cause une situation existante intéressant une liberté publique est dénué de pertinence; Considérant qu'il suit de là que le moyen tiré de ce que la loi a un effet rétroactif et serait de ce fait inconstitutionnelle, ne peut être accueilli".

المطلب الثاني

موقف المجلس الدستوري في الفترة اللاحقة علي التسعينيات من القرن الماضي حتى الآن

في الفترة اللاحقة علي التسعينيات من القرن الماضي حتى الآن نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي أصدر عدة أحكام متعارضة بعضها يتـردد فـي الاعتراف بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد والبعض الأخـر أعلـن فيـه المجلس صراحة عدم تمتع هذا المبدأ بالقيمة الدستورية. لـذا فإننـا سـوف نعرض لهذه الأحكام بشئ من التفصيل لكي نبين مدى تمتع مبدأ حرية التعاقد بالقيمة الدستورية من عدمه.

١- حكم المجلس الدستوري الصادر في ٢٠ يناير ١٩٩٣[1]:

صدر هذا الحكم بمناسبة تقدم ستين عضوا من مجلس الشيوخ اسـتنادًا

(1) Cons. Constitut., n° 92-318 DC, du 20 janvier 1993, Rec., p. 14; C.E., 8 avril 2009, COMPAGNIE GENERALE DES EAUX, Req. N° 271737; LAURANS (Y.) 'La caducité des contrats administratifs', RFDA, 2011, P. 495; GEFFRAY (E.), "L'application aux contrats en cours de dispositions nouvelles sur la durée des contrats", concl. sur C.E., 8 avril 2009, COMPAGNIE GENERALE DES EAUX, Req. N° 271737, RFDA 2009, p. 449; LAURANS (Y.) 'La caducité des contrats administratifs', RFDA, 2011, P. 495.

للمادة ٦١ من الدستور[١] بالطعن علي مشروع القانون الخاص بالوقاية من الرشوة والوضوح في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة لعدم مطابقة بعض مواد المشروع للدستور الفرنسي.

فمن من ضمن الادعاءات التي أثارها الطاعنون أن المادة ٤٠ من هذا المشروع نصت على ضرورة تحديد مدة عقود التفويض. فهذا التحديد لمدة التعاقد باعتباره إحدى عناصر حرية التعاقد يعتبر اعتداء على الحرية المهنية أو حرية الشراكة. كما أشار الطاعنون إلى أن ضرورة تحديد مدة العقد يتعارض مع حرية إدارة الجماعات المحلية المنصوص عليها في المادة ٧٢ من الدستور[٢].

---

(1) L'article 61 de la constitution dispose :'Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil Constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil Constitutionnel suspend le délai de promulgation'.

(2) Les soixante sénateurs disposent que "Considérant que les

ولكن المجلس الدستوري قضى بأن الحرية المهنيـة لـم تكـن عامـة ولا مطلقة، ويجوز للمشرع التدخل لوضع قيود على ممارسة الحرية المهنية لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة. ومن ثم تدخل المشرع بتحديد مدة العقـد بمقتضى المادة ٤٠ من القانون المعروض لا تتضمن اعتداء علـى الحريـة المهنية[١].

أما بخصوص المادة ٧٢ من الدستور الخاصة بحرية إدارة الجماعـات

---

députés auteurs de la première saisine font valoir que l'ensemble des conditions dans lesquelles l'article 40 de la loi limite la durée des délégations de service public, d'une part, méconnaît la libre administration des collectivités locales, notamment en faisant obstacle à la continuité de leurs services publics, d'autre part, porte atteinte à la liberté d'entreprendre des entreprises susceptibles d'être délégataires; que les sénateurs auteurs de la seconde saisine allèguent pour leur part que la limitation de la durée des délégations de service public à la durée normale d'amortissement des installations mises en service dont le délégataire a la charge méconnaît l'article 72 de la Constitution".

(1) Le Conseil constitutionnel juge que "considérant d'une part que la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue; que le législateur peut y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée; que les limitations prévues par l'article 40 de la loi aux conditions dans lesquelles peuvent être conclues les délégations de service public ne portent pas à la liberté d'entreprendre une atteinte telle qu'elle en dénaturerait la portée".

المحلية من خلال مجلس منتخب، نجد أن المادة ٣٤ من الدستور تقضي بأن المشرع يحدد المبادئ الأساسية لحرية إدارة الجماعات المحلية واختصاصاتها ومصادرها(١).

وفي ضوء ذلك قضى المجلس الدستوري بأنه يجوز للمشرع من أجل تحقيق أهداف الوضوح والمنافسة التي يسعى إليها، أن يحظر إبرام عقد تفويض مرفق عام لمدة غير محددة، كما له الحق في تحديد مدة العقد في ضوء طبيعة وقيمة الاستثمارات التي يقوم بتنفيذها المفوض إليه(٢).

كما قضى المجلس الدستوري في ذات الحكم الصادر في ٢٠ يناير ١٩٩٣ بأن المشرع لم يفرض حدًا أقصى لمدة عقد التفويض، وإنما أوجب أن يتم تحديد مدة العقد، ومن ثم ترك للجهة الإدارية المتعاقدة حرية تحديد المدة

---

(1) Le Conseil constitutionnel juge que "considérant d'autre part que si, en vertu de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales "s'administrent librement par des conseils élus", chacune d'elles le fait "dans les conditions prévues par la loi" ; qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution "la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources".

(2) Le Conseil constitutionnel juge que "considérant qu'il est loisible au législateur, pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il s'assigne, de proscrire la conclusion de contrats de délégation de service public à durée indéterminée et d'indiquer que la durée des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements à réaliser par le délégataire".

تحت رقابة القضاء، على أن يراعى في تحديدها- حسبما نصت عليه المادة ٤٠ من القانون الخاص بالوقاية من الرشوة والوضوح في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة- الأداء المطلوب من المفوض إليه وطبيعة ومقدار الاستثمارات المطلوب تنفيذها، على ألا تزيد مدة العقد عن المدة المعتادة لاستهلاك الإنشاءات إذا كانت على عاتق المفوض إليه[1]، وأشار المجلس الدستوري أيضا إلى أن القانون عندما أحال إلى صدور مرسوم من مجلس الدولة، فإن ذلك لم يكن معناها تخويل السلطة اللائحية تحديد المدة العادية للاستهلاك، وأن هذا النص، مع مراعاة هذا التحفظ، غير مخالف للدستور.

ولقد أشارت الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من مشروع القانون المعروض علي المجلس الدستوري إلى تمديد مدة العقد في حالتين، على أن يصدر قرار من سلطة التقرير، وهاتان الحالتان هما: الأولى يجوز تمديد مدة العقدة لمدة سنة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. ولم يحدد المشرع هذه الأسباب، وترك أمر تقديرها للسلطة المانحة تحت رقابة القضاء. والحالة الثانية تتمثل في

---

(1) Le Conseil constitutionnel juge que" s'il a précisé à cette fin que la durée de la concession ne devait pas excéder la durée normale d'amortissement du bien, il a laissé ainsi sous le contrôle du juge une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce, eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées".

تمديد مدة العقد إذا كان المفوض إليه مضطراً، ومن أجل حسن تنفيذ المرفق أو توسيع نطاقه الجغرافي، وبناءً على طلب المفوض، لتنفيذ استثمارات مادة غير واردة في العقد الأصلي ومن شأنها تعديل الاقتصاد العام للعقد، ولا يمكن استهلاكها أثناء المدة الباقية في العقد، إلا نظير ارتفاع فاحش في الأسعار، بحيث لا تزيد مدة التمديد عن ثلث مدة العقد الأصلي.

ولكن المجلس الدستوري اعترض على الحالة الثانية الخاصة بتمديد العقد واعتبرها قيدًا شديدًا على حرية الجماعات المحلية في إدارة شئونها ومن ثم تعتبر مخالفة للدستور. وعندما أعيد النص للبرلمان لتعديله اقترح المشرع عدم تحديد مدة لتمديد العقد في الحالة الثانية من الفقرة الثانية من المادة ٤٠، حيث ترك المشرع للجهة المفوضة سلطة تحديد مدة تمديد العقد حسب كل حالة علي حده تحت رقابة القضاء.

فيلاحظ على هذا الحكم المطول أن المجلس الدستوري اعترف بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية، وكذلك الأمر بالنسبة للحرية المهنية أو حرية الشراكة، مما دفع بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن ذلك الموقف من المجلس الدستوري يعتبر اعترافا ضمنيا بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد[1]، إلا أنه لم يستخدم هذا الاصطلاح إلا في عام ١٩٩٤.

(1) LAJOYE (Ch.), " De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle", CRDF, n° 1, p. 118 et s.

٢- حكم المجلس الدستوري في ٣ أغسطس ١٩٩٤[١]:

بمناسبة صدور مشروع قانون الضمان الاجتماعي التكميلي للعمال المتضمن المادة الحادية عشر منه إضافة المادتين ١/٩٤١ و ٢/٩٤١ للباب الرابع من الكتاب السابع من تقنين التأمين الاجتماعي، وذلك استجابة لتنفيذ قرارات مجلس الاتحاد الأوروبي في هذا الشأن[٢]، والتي تضمنت حظرًا مطلقًا على أي مشروع أو مجموعة مشروعات أو فرع مهني أن ينشئ لصالح العاملين به فقط نظامًا للمعاش التكميلي Retraite complémentaire إلا في حالات استثنائية محدودة للغاية وبناءً على موافقة الوزير المختص بالتأمين.

ولقد تقدم ستين عضوًا من أعضاء مجلس الشيوخ للطعن بعدم الدستورية

(1) Cons. Constit., 3 août 1994 - Décision N° 94-348 DC Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n°92-49 et n°92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes Journal officiel du 6 août 1994, p. 11482. Voir TERNEYRE (Ph.), " La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel", AJDA, 1998, p. 667; STIRN (B.), "La liberte contractuelle, droit fondamental en droit administrative ?", AJDA 1998, p. 673; ROUSSEAU (D.), Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1993-1994, RDP, 1995, p. 51.

(2) Directives n° 92/49 et 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des Communautés Européennes.

علي المادة الحادية عشر من مشروع القانون سالف الذكر، وذلك استنادًا للمادة ٦١ من الدستور. حيث أقاموا الطعن على أساس أن هذه المادة تتضمن إخلالاً بمبدأ المساواة مما يعد مخالفة دستورية من ناحيتين: الأولى أن النص يقيم تفرقة بدون مبرر بين المشروعات التي أنشأت أنظمة للمعاش التكميلي قبل العمل بالقانون وتلك التي لن تستطيع ذلك بعد العمل بالقانون، والحالة الثانية تتمثل في أن النص بعد نفاذه يفرق بين المشروعات التي يمكنها إنشاء معاش تكميلي على سبيل الاستثناء والمشروعات التي لا يمكنها ذلك.

وفضلا عن ذلك، ينعى هؤلاء الطاعنون على النص المذكور أنه يتضمن إهدارًا لمبدأ الحرية المهنية أو حرية الشراكة ويمثل عدوانًا على مبدأ حرية التعاقد. كما يأخذون عليه مخالفته لمبدأ مشاركة العمال في التحديد الجماعي لظروف العمل وإدارة المشروعات الذي أقرته الفقرة الثامنة من ديباجة دستور فرنسا عام ١٩٤٦[1] والتي أشارت إليها ديباجة دستور فرنسا الحالي ١٩٥٨.

وبذلك أثير أمام المجلس الدستوري عدة دفوع تتعلق بالإخلال بمبدأ

---

(١) حيث تنص الفقرة الثامنة من ديباجة دستور فرنسا عام ١٩٤٦، والمعمول بها حاليا طبقاً لما ورد في ديباجة دستور فرنسا الحالي ١٩٥٨، على أن يشارك كل عامل بواسطة من ينوب عنه، في التحديد الجماعي لشروط العمل وكذلك إدارة المشروعات.

المساواة واعتداء المشرع على مبدأ الحرية المهنية ومبدأ عدم مشاركة العمال في التحديد الجماعي لظروف العمل وإدارة المشروعات ومبدأ حرية التعاقد.

وعندما عرض النزاع على المجلس الدستوري قضى في حكمه الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤ بعدم مخالفة النص المطعون عليه في مشروع القانون (المادة الحادية عشر منه) لمبدأ المساواة، حيث أكد المجلس بأن مبدأ المساواة لا يمنع المشرع من تنظيم أوضاع متباينة بطريقة مغايرة أو الخروج عن المساواة لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، شريطة أن تكون المغايرة في المعاملة في هذه الحالة أو تلك متناسبة مع موضوع القانون الذي يقرره. وحيث إن الهدف الذي توخاه المشرع يتمثل في التضييق، تدريجيا، من نطاق تطبيق أنظمة المعاش التكميلي، فإن النصوص الجديدة التي وضعها لا تشكل إخلالاً بمبدأ المساواة بين المشروعات[1].

(1) Le Conseil constitutionnel décide que: "Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit; Considérant d'une part qu'au regard de l'objectif que le législateur s'est assigné tendant à la réduction progressive du champ d'application du régime des institutions de retraite supplémentaire, les dispositions nouvelles qu'il a prises pour être applicables à compter de la publication de la loi ne sont pas constitutives d'une rupture du principe d'égalité

وفيما يتعلق بمخالفة نص المادة الحادية عشر من مشروع القانون لمبـــدأ الحرية المهنية، فنجد أن المجلس الدستوري قضى بأن الأحكام الـــواردة فـــي هذه المادة ليست لها علاقة بالحرية المهنية أو حرية الشراكة، ومن ثـــم تـــم رفض هذا الدفع(١).

وفيما يتعلق بالدفع الخاص بأن المادة الحادية عشر من مشروع القانون خالفت مبدأ مشاركة العمال في التحديد الجمـــاعي لظـــروف العمـــل وإدارة

---

entre entreprises suivant qu'elles ont ou non constitué un régime de retraite supplémentaire à la date de cette publication ; Considérant d'autre part qu'en ménageant une possibilité dérogatoire autorisant la création de nouvelles institutions de retraite supplémentaire, le législateur a entendu favoriser l'application des règles de droit commun aux alariés bénéficiant jusque là d'un régime spécial ; qu'il a en effet voulu permettre aux salariés qui viendraient à relever désormais des institutions de retraite complémentaire participant à une solidarité interprofessionnelle de continuer à acquérir des droits supplémentaires pour la fraction non couverte par ces régimes légaux ; que, par suite, les dispositions transitoires qu'il a ainsi édictées ne sont pas non plus constitutives d'une rupture du principe d'égalité".

(1) Le Conseil constitutionnel décide que: "Considérant que les dispositions arrêtées par le législateur en vue de définir le cadre légal dans lequel les institutions de retraite supplémentaire peuvent être constituées ou maintenues ne concernent pas, compte tenu de l'objet et de la nature de ces institutions, la liberté d'entreprendre ; que par suite, le moyen invoqué est inopérant".

المشروعات، فجاء رد المجلس الدستوري بأن المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي الحالي أعطت الحق للمشرع في تحديد المبادئ الأساسية للحق في العمل والحق النقابي والحق في التأمين الاجتماعي. ومن ثم ما جاء النص عليه من جانب المشرع في المشروع المعروض عليه يتفق مع المادة ٣٤ من الدستور، وبذلك لا يوجد تعارض مع الدستور(١).

---

(1) Le Conseil constitutionnel décide que: "Considérant que, si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que: "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect de cette disposition à valeur constitutionnelle, les conditions et garanties de sa mise en oeuvre ; Considérant que l'un des objets de la loi est de simplifier et de coordonner les formes juridiques que prennent les institutions paritaires régies par le code de la sécurité sociale en distinguant les institutions de retraite complémentaire, les institutions de prévoyance et les institutions de retraite supplémentaire; que si le législateur a estimé qu'il convenait, notamment pour assurer une meilleure protection sociale des salariés, de ne plus permettre pour l'avenir, sauf dans le cas qu'il a déterminé, la constitution d'institutions de retraite supplémentaire, il a prévu cependant que les partenaires sociaux pouvaient souscrire un contrat de groupe auprès d'une institution de

أما بالنسبة لمخالفة نص المادة الحادية عشر من مشروع القانون لمبدأ حرية التعاقد، فقد جاء قرار المجلس برفض هذا الدفع معلناً، ولأول مرة في تاريخ القضاء الدستوري الفرنسي بأنه "ما من قاعدة ذات قيمة دستورية تحمي مبدأ حرية التعاقد".

"Aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle".

ولقد أثار هذا الحكم جدلا فقهيا وقضائيا حول مدى تمتع مبدأ حرية التعاقد بالحماية الدستورية باعتباره من أهم المبادئ الأساسية التي تسود علاقات القانون الخاص منذ وضع التقنين المدني الفرنسي عام ١٨٠٤، حيث

---

prévoyance ou créer une institution de prévoyance particulière à une entreprise ou à un groupe d'entreprises ; qu'aux termes de l'article L. 931-1 introduit par la loi, les institutions de prévoyance sont administrées paritairement et sont constituées "sur la base d'une convention ou d'un accord collectif, d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise et ratifié par la majorité des intéressés ou par accord entre des membres adhérents et des membres participants réunis à cet effet en assemblée générale" ; qu'aux termes de l'article L. 941-3 ces dernières dispositions sont applicables aux institutions de retraite supplémentaire qui peuvent encore être constituées ; que par suite, la loi ne porte pas atteinte au principe énoncé au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dont elle assure la mise en œuvre dans le cadre des compétences que lui réserve l'article 34 de la Constitution".

نصت المادة ١١٣٤ من هذا التقنين على أن "الاتفاقات التي تعقد على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها". وهذا النص الأخير يتفق مع المادة ١/١٤٧ من التقنين المدني المصري التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقد، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

ولذا انتهى بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن ما ذكره المجلس الدستوري في حكمه الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤ يتعلق بحرية التعاقد بين أشخاص القانون الخاص، وليست له علاقة بحرية التعاقد بين أشخاص القانون العام أو الجماعات المحلية. حيث أشار هذا الجانب من الفقه إلى القول بأن المنازعة المعروضة على المجلس الدستوري تتعلق بعلاقات القانون الخاص لا بعلاقات القانون العام(١).

وإن كان البعض من الفقه يبرر موقف المجلس الدستوري فيما قضى به بعدم توافر قاعدة دستورية تحمي حرية التعاقد بأن هذه الحرية قد تعرضت لكثير من القيود، كما أنها تخضع لأحكام القانون المدني حيث يمكن تقييدها لاعتبارات المصلحة العامة، ومن ثم فإن حرية التعاقد- من وجهه نظر هؤلاء- لا يمكن توفير حماية دستورية لها إلا إذا تعلقت بإحدى الحقوق

(1) LAJOYE (Ch.), "De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle", CRDF, n° 1, p. 127 et s.

أو الحريات الدستورية كحرية الاجتماع أو الحرية المهنية أو الحق في الملكية وغيرها من الحقوق والحريات الدستورية[1].

ولكن هذا الاتجاه يرد عليه بأن التقييد الوارد على حرية التعاقد لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة لا يرقى لدرجة الحكم بعدم الاعتراف له بالقيمة الدستورية، حيث إن هذا التقييد ليس مقصورًا على حرية التعاقد فقط، بل يرد على سائر الحقوق والحريات أيا كان نوعها، فلا توجد حقوق وحريات مطلقة، حيث يأتي النص في معظم الدساتير على بيان ما يتمتع به الفرد من حقوق وحريات، إلا أن ذلك يكون في حدود القانون أو وفقًا لأحكام القانون أو في الأحوال المبينة في القانون[2].

كما أشار بعض الفقه إلى القول بأن القيود الواردة على حرية التعاقد لاعتبارات المصلحة العامة والتي دفعت المجلس الدستوري إلى نفي القيمة الدستورية لها، لا تقل عن القيود التي ترد على الحق في الملكية دون أن ينال ذلك من قيمتها الدستورية[3].

---

(1) BROUSSOLLE (Y.), "Le paradoxes du Principe de la liberté contractuelle" JCP, 1995, n° 13, p. 121; MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), Chronique de jurisprudence constitutionnelle, LPA, 28 avril 1995, n° 51, p. 6.

(٢) د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص١٣١.

(٣) د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص١٣٣.

لذا فإن ما انتهى إليه المجلس الدستوري في حكمه الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤ بأنه ما من قاعدة دستورية تحمى حرية التعاقد لا يمكن التسليم بها في ضوء ما سبق ذكره، وفي ضوء أحكام المجلس الدستوري اللاحقة على هذا الحكم، والتي يظهر من بعضها اتجاهه للعدول الضمني عن هذا الاتجاه كما سنرى لاحقا.

٣- حكمي المجلس الدستوري في ٢٦ يناير ١٩٩٥[١] و٣٠ ديسمبر ١٩٩٦[٢]:

ففي حكم المجلس الدستوري الصادر في ٢٦ يناير ١٩٩٥ الخاص ببحث دستورية بعض نصوص القانون الخاص بالتوجيه للإعداد والتطوير المحلي، وذلك بناءً على الطعن المقدم من ستين عضوًا من مجلس الشيوخ استنادًا للمادة ٦١ من الدستور، حيث دفع الطاعنون بأن المادة ٣٦ من أحكام هذا القانون تضمنت أحكاما تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات من ناحية، واعتدائها على حرية التعاقد للجماعات المحلية من ناحية أخرى، حيث فرضت المادة ٣٦ من هذا القانون أحكام جديدة على عقد الامتياز المبرم بين شركة كهرباء فرنسا EDF وبين الشركة صاحبة الامتياز La Compagnie

---

(1) Cons. Constitute., 26 janvier 1995 - Décision N° 94-358 DC Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. J. O. du 1er février 1995, p. 1706.

(2) Cons. Constitut., 30 décembre1996 - Décision N° 96-385 DC Loi de finances pour 1997, J. O. du 31 décembre 1996, p. 19557.

Nationale du Rhône بغرض تمويل إنشاء قناة Rhin Rhône بدون إرادة أطراف العقد، حيث فرض المشرع تعديلات على شروط تمويل الأشغال التي تقع على عاتق صاحب الامتياز. ولكن مفوض الحكومة رد على ذلك قائلاً بأن المجلس الدستوري لم يعترف بأي قيمة دستورية لحرية التعاقد، كما أن المشرع له الحق في أن يتدخل في العلاقات العقدية لحماية المصلحة العامة، كما أن المنازعة تتعلق بعقد إداري لا يسرى عليه مبدأ استقلال الإرادة المعروف في عقود القانون الخاص بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وأمام ذلك الموقف كان من السهل على المجلس الدستوري أن يعيد ما سبق ذكره في حكمه الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤ بأنه لا توجد قاعدة دستورية تحمي حرية التعاقد. ولكن المجلس الدستوري قضى بأن المشرع له الحق في التدخل في العلاقات العقدية لتعديل وإلغاء أو تكملة الأحكام التي صدرت من قبل، وذلك لاعتبارات تتعلق بحماية المصلحة العامة، طالما أنه لم يخالف المبادئ أو الحقوق الدستورية. والتعديلات التي أدخلها المشرع بمقتضى المادة ٣٦ من القانون المعروض على الاتفاق المبرم بين شركة كهرباء فرنسا EDF وبين الشركة صاحبة الامتياز La Compagnie Nationale du Rhône لا ترقى في حد ذاتها بأن توصف بأنها غير دستورية[1].

(1) cons. Constitute., 26 janvier 1995 - Décision N° 94-358 DC Loi

وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن المجلس الدستوري لم يشر في هذا الحكم صراحة لغياب القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، وإن كان ذلك كان سهلا عليه كما حدث من قبل في حكمه الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤ سابق الإشارة إليه، إلا أنه أكد على أن الأحكام التي فرضها المشرع لا تمنع أطراف العقد من إبرام ملحق للعقد الأصلي، مما يدل ذلك على الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد بطريقة ضمنية(١).

كما دفع الطاعنون بأن المادة ٦٣ من هذا القانون تتعارض مع مبدأ حرية التعاقد المصون بمقتضى مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية، حيث تلزم الجماعات المحلية بالدخول في علاقة تعاقدية مع الدولة، رغم أن المادة

---

d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire J. O. du 1er février 1995, p. 1706. Le Conseil constitutionnel décide que "considérant qu'il est loisible au législateur, dans un but d'intérêt général, de modifier, d'abroger ou de compléter des dispositions qu'il a antérieurement prises, dès lors qu'il ne méconnaît pas des principes ou des droits de valeur constitutionnelle; que le fait que de telles modifications entraînent des conséquences sur des conventions en cours conclues en application de dispositions législatives antérieures n'est pas en lui-même de nature à entraîner une inconstitutionnalité".

(1) ROUSSEAU (D.), "Le principe de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire", RFDA, 1995, p. 876; voir aussi, LAJOYE (Ch.), "De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle", CRDF, n° 1, 2002, p. 120.

١١ من القانون الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٨٢ الخاص باللامركزية الإدارية أشارت إلى إمكانية إبرام عقود بين الدولة وبعض الجماعات المحلية في إطار ما يسمى بعقود الخطة بين الدولة والجماعات المحلية.

ولكن المجلس الدستوري قضى بأنه إذا كانت المادة ٦٣ من القانون تعطى للدولة إمكانية إبرام عقود شراكة مع الجماعات المحلية، إلا أن هذه الجماعات لها الحرية في أن تتعاقد أو ألا تتعاقد مع الدولة. فليس هناك إلزام على الجماعات المحلية بأن تدخل في علاقة تعاقدية مع الدولة طبقا لهذه المادة(١).

يتضح لنا من هذا الحكم – كما ذهب بعض الفقه الفرنسي– أن المجلس الدستوري اعترف بصورة ضمنية بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد

(1) Le Conseil constitutionnel juge que " Considérant que si en vertu de l'article en cause, l'État peut conclure avec les collectivités territoriales compétentes des contrats particuliers ayant "pour objet de renforcer l'action publique dans les territoires ruraux les plus défavorisés en assurant la convergence des interventions publiques, en accroissant l'engagement des partenaires publics, et en adaptant des actions à la spécificité des actions locales", il ne résulte de ces dispositions, ni une obligation de contracter à la charge des collectivités concernées, ni de quelque manière que ce soit, une remise en cause des engagements susceptibles d'être pris dans le cadre des contrats État-région ; que dès lors le moyen invoqué manque en fait".

للجماعات المحلية في أن تتعاقد أو ألا تتعاقد مع الدولة، وما يسرى على هذه الجماعات يسرى على غيرها من الأشخاص المعنوية العامة. ومن المتفق عليه فقها وقضاءً أن حرية التعاقد ليست مطلقة، حيث يمكن للمشرع أن يتدخل لتقييد ممارستها لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة[1].

ونفس الاتجاه نجده في حكم المجلس الدستوري الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦ عندما عرض عليه القانون المالي لعام ١٩٩٧ لشبهة عدم الدستورية في بعض مواده، حيث ادعى الطاعنون على هذا القانون أن المادة ٤٠ منه تتضمن اعتداء على حق العمال في المشاركة في وضع شروط العمل طبقا للفقرة الثانية من ديباجة دستور فرنسا ١٩٤٦ والتي اعترف بها الدستور الفرنسي الحالي في ديباجته، كما أن هذه المادة (٤٠ من القانون المالي) تتضمن اعتداء على حرية التعاقد.

---

(1) LAJOYE (Ch.), "De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle", CRDF, n° 1, 2002, p. 129. Voir MERLAND (G.), "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", Dalloz, cahiers constitutionnels de Paris I; MATHIEU (B.), "Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme", D., 1995, chron., p. 211; MERLAND (G.), L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, LGDJ, 2004, spéc., p. 200; PICARD (E.), "La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?", AJDA, 1998, p. 651.

رغم أن المجلس الدستوري كان بإمكانه الحكم بأنـــه لا توجـــد قاعـــدة دستورية تحمي حرية التعاقد، كما حدث في حكمه الصادر في ٣ أغـــسطس ١٩٩٤، إلا أنه قضى بطريقة ضمنية بأن حرية التعاقد ذات قيمة دســتورية، حيث إن المادة ٤٠ من القانون المعروض لا تتضمن اعتـــداء علـــى حريـــة التعاقد ولا تتعارض مع الفقرة الثانية من ديباجة دستور ١٩٤٦[١].

---

(1) cons. Constitut., 30 décembre1996 - Décision N° 96-385 DC Loi de finances pour 1997, J. O. du 31 décembre 1996, p. 19557. Le Conseil constitutionnel juge que "considérant que l'article 40 opère au profit du budget de l'État un prélèvement fixé à 40 % sur des excédents financiers, figurant à la date du 31 juillet 1997 au compte unique ci-dessus mentionné, des organismes paritaires collecteurs agréés pour recevoir les contributions des employeurs; que cette contribution, eu égard à son assiette et à son taux, ne porte pas atteinte au système de financement de la formation en alternance qui associe paritairement les partenaires sociaux et ne saurait donc faire obstacle au droit des travailleurs à participer à la détermination collective des conditions de travail reconnu par le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946; considérant que, dès lors que le prélèvement contesté n'a pas davantage pour effet de porter atteinte à la capacité de négociation des partenaires sociaux, il ne méconnaît pas la liberté contractuelle et que par suite le moyen manque en fait ; qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit par ailleurs un principe dit "de confiance légitime"; TERNEYRE (Ph.), "Secteur public et concurrence: la convergence des principes à propos de la liberté contractuelle", AJDA, 2007, p. 1906.

وبعد أن عرضا لهذين الحكمين للمجلس الدستوري يتضح لنا أن الحكم الأول الصادر في ٢٠ يناير ١٩٩٥ يتعلق بعقود القانون العام، والحكم الثاني الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦ يتعلق بعقود القانون الخاص، إلا أن موقف المجلس الدستوري بشأنهما لم يتغير حيث اعترف بطريقة ضمنية بالحماية الدستورية لحرية التعاقد، ولكن لم يعلن ذلك صراحة، ويظهر ذلك من خلال دراسة وتحليل هذين الحكمين، حيث أتيحت الفرصة للمجلس لأن يعلن عن رغبته التي ذكرها في حكمه السابق في ٣ أغسطس ١٩٩٤، إلا أنه لم يفعل ذلك بغرض توفير حماية ضمنية لحرية التعاقد.

رغم هذا التطور في أحكام المجلس الدستوري إلا أنه عدل عن هذا الاتجاه وعاد مرة ثانية ليؤكد على غياب القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد في حكمه الصادر في ٢٠ مارس ١٩٩٧.

٤- حكم المجلس الدستوري في ٢٠ مارس ١٩٩٧[1]:

يتعلق هذا الحكم بقيام ستين عضوًا من أعضاء مجلس الشيوخ بالطعن على القانون الخاص بوضع خطة ادخار للمعاش بعدم الدستورية، حيث دفع

---

(1) cons. Constit., 20 mars 1997 - Décision N° 97-388 DC Loi créant les plans d'épargne retraite J. O. du 26 mars 1997, p. 4661; PICARD (E.), "La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?", AJDA, 1998, p. 651; STIRN (B.), "La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administrative ?", AJDA 1998, p. 673.

الطاعنون بأن التطابق بين الفقرة الأولى من المادة الرابعة من هذا القانون والفقرة الأولى من المادة السادسة والفقرة الثانية من المادة السابعة من ذات القانون تقضى بأن لصاحب العمل الحق في إصدار قرار منفرد من شأنه وضع خطة لادخار المعاش بدون مشاركة من الممولين، ويمكن منع انضمام أعضاء جدد لهذه الخطة، مما يعد ذلك تعرضا مع مبدأ حرية التعاقد ويمثل اعتداءً على مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن التي تقضى بأن "الحرية تتمثل في إتيان كل ما لا يضر بالغير".

ولكن مفوض الحكومة رد على ذلك بأن حكم المجلس الدستوري في ٣ أغسطس ١٩٩٤ قضى بأنه لا توجد قاعدة ذو قيمة دستورية تحمى مبدأ حرية التعاقد، كما أفاد بأن النصوص المطعون عليها لا تلغى حرية الإرادة من المساهمة أو عدم المساهمة في خطة ادخار المعاش.

وأمام هذا الوضع أصدر المجلس الدستوري حكمه الشهير في ٢٠ مارس ١٩٩٧ الذي قضى فيه بأن حرية التعاقد لا تتمتع في حد ذاتها بقيمة دستورية[١]. وبذلك يتضح لنا جليا أن المجلس الدستوري الفرنسي بدأ يعدل ضمنيا عن قراره السابق الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤، حيث أشار في

(1) Le Conseil constitutionnel décide le 20 mars 1997 que "le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle".

حكمه الصادر في ٢٠ مارس ١٩٩٧ بأن مبدأ حرية التعاقد لا يتمتع في حد ذاته بقيمة دستورية، ثم أضاف المجلس في الحكم ذاته بأن القيمة الدستورية لهذا المبدأ لا تثار إلا في حالة حدوث اعتداء على الحقوق والحريات المصونة دستوريا ولم يتوافر ذلك في الحالة المعروضة عليه[١]. كما قضى المجلس بأنه لم يتضح من المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن ما يسمى بمبدأ استقلال الإرادة، ومن ثم يتعين رفض هذا الدفع المقدم من الطاعنين[٢].

يتضح لنا من خلال الاطلاع على هذا الحكم أن المجلس الدستوري كانت أمامه الفرصة لكي يؤكد على قضائه السابق في حكمه الصادر في ٣

---

(1) Le Conseil constitutionnel décide le 20 mars 1997 que "le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle; que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ; que tel n'est pas le cas en l'espèce".

(2) Le Conseil constitutionnel décide le 20 mars 1997 que "ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l'" autonomie de la volonté"; que les griefs allégués par les requérants ne peuvent dès lors qu'être rejetés". Voir FRAISSEIX (P.), "Les droits fondamentaux prolongement ou dénaturation des droits de l'homme?", Chronique constitutionnelle, RDP, mars-avril 2001, p. 531.

أغسطس ١٩٩٤ والتي قضى فيه بأنه لا توجد قاعدة دستورية تحمي مبدأ حرية التعاقد، إلا أنه في حكمه الصادر في ٢٠ مارس ١٩٩٧ قضى بأن مبدأ حرية التعاقد لا يتمتع في حد ذاته بقيمة دستورية ومن ثم يمكن تمتعه بهذه القيمة إذا ارتبط هذا المبدأ بحق أو حرية مصونة دستوريًا كمبدأ المساواة مثلا أو حرية الاجتماع أو الحق في الملكية وغيرها من الحقوق والحريات الدستورية التي لو ارتبطت بمبدأ حرية التعاقد، ووقع عليه اعتداء لأعترف المجلس بقيمته الدستورية[١].

ونتيجة لهذا الاتجاه القضائي للمجلس الدستوري فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن مبدأ حرية التعاقد ليست له قيمة دستورية كاملة، فله قيمة تعلو المبادئ التشريعية وتقل عن المبادئ الدستورية، حيث يحتل مكانة وسيطة بين المبادئ التشريعية والدستورية[٢].

---

(1) GAHDOUN (P.-Y.), La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, préface de Dominique Rousseau, Dalloz, 2008, p. 121.

(2) ROUSSEAU (D.), Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1996-1997, RDP, 1998, p. 42; FAVOREU (L.), commentaire de la décision N° 97-388 DC du 20 mars 1997, Fonde de pension, RFDC, 1997, p. 208; MESTRE (J.), chronique de jurisprudence, RTD civ. I, janvier-mars 1998, p. 99-100; MATHIEU (B.), commentaire de la décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, LPA, n° 125, p. 13; LAJOYE (Ch.), "De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle",

٥- موقف المجلس الدستوري في الفترة اللاحقة على عام ١٩٩٧:

بعد صدور حكم المجلس الدستوري في ٢٠ مارس ١٩٩٧ سالف الذكر، صدر حكم آخر في ١٠ يونيو ١٩٩٨[١] الخاص ببحث مدى دستورية قانون تحديد ساعات العمل، حيث أثار الطاعنون على هذا القانون أنه يتعارض مع مبدأ الحرية المهنية وحقوق وحريات العاملين أصحاب المرتبات.

بعد أن رد المجلس الدستوري على الدفع الخاص بالحرية المهنية، والذي أكد فيه على أن للمشرع الحق في وضع ضوابط تتفق مع المشروعية، فيما يتعلق بالحرية المهنية النابعة من المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في ١٧٨٩[٢]، أكد المجلس على أن

CRDF, n° 1, 2002, p. 120.

(1) cons. Constit., Décision N° 98-401 DC, du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, J. O. du 14 juin 1998, p. 9033. Voir TERNEYRE (Ph.), "La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel", AJDA, 1998, p. 667; FAVRE (J.) et TARDIVEL (B.), "Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle", Chronique constitutionnelle, RDP, septembre-octobre 2000, p. 1411; MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE NO 19 MARS-JUILLET 1998, LPA, 02 décembre 1998 n° 144, P. 18.

(2) Le Conseil constitutionnel décide le 10 juin 1998 qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de

المشرع لا يمكنه أن يفرض اعتداءات خطيرة تؤثر على اقتـصاد الاتفاقـات والعقود السارية المفعول بما يتعارض بصورة واضحة مع الحرية النابعة من المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عـام ١٧٨٩[1].

---

l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; qu'il revient par ailleurs au législateur de fixer les principes fondamentaux du droit du travail, et notamment de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés ; qu'en réduisant, à l'article 1er de la loi, de trente-neuf à trente-cinq heures, la durée légale du travail effectif, en 2000 ou 2002, selon les cas, et en prévoyant, à l'article 3, un dispositif visant à inciter les employeurs à réduire la durée du travail avant ces échéances, le législateur a entendu, dans le contexte actuel du marché du travail, s'inscrire dans le cadre du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946"; FAVRE (J.) et TARDIVEL (B.), "Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle", Chronique constitutionnelle, RDP, septembre-octobre 2000, p. 1411.

(1) Le Conseil constitutionnel décide le 10 juin 1998 que " le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle

يلاحظ على هذا الحكم أن المجلس الدستوري استخدم عبارة اقتصاد الاتفاقات والعقود السارية المفعول واصطلاح الحرية النابعة من المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والموطن الفرنسي، وإن كان المجلس لم يستخدم صراحة اصطلاح حرية التعاقد إلا أن بعض الفقه الفرنسي أكد – بحق– على أنه توجد علاقة وثيقة بين اصطلاح اقتصاد الاتفاقات والعقود السارية المفعول واصطلاح حرية التعاقد. كما أكد هذا الجانب من الفقه أن المجلس الدستوري قد أشار إلى عبارة "الحرية" الواردة بالمادة الرابعة من الإعلان الفرنسي والتي تقضى بأن الحرية يقصد بها عمل كل ما لا يضر بالغير، ومن ثم يرتبط هذا المفهوم (اصطلاح اقتصاد الاتفاقات والعقود السارية المفعول) بحرية التعاقد التي تعدُ من ضمن الحريات الدستورية طبقا لهذا التحليل الفقهي[1].

méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'en l'espèce, les incidences de l'entrée en vigueur des articles 1er et 3 de la loi déférée sur les contrats de travail ainsi que sur les accords collectifs en cours, lesquelles sont au demeurant inhérentes aux modifications de la législation du travail, ne sont pas de nature à porter une telle atteinte à cette exigence ; que le grief doit donc être écarté".

(1) MOLFESSIS (N.), Chronique de jurisprudence, RTD civ., juillet-septembre 1998, p. 79: cet auteur souligne que: " De façon inédite, la liberté contractuelle est ici protège par à l'économie des contrats"; ROUSSEAU (D.), chronique de jurisprudence

ولقد استخدم المجلس الدستوري ذات المعني تقريبا الذي قضى به في حكمه ١٠ يونيو ١٩٩٨ في العديد من أحكامه اللاحقة عليه(١).

---

constitutionnelle 1997-1998, RDP, 1999, p. 47: cet auteur souligne que: " Cet article (l'article 4 de la déclaration) ne proclamant aucune liberté particulière mais disposant seulement que "la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui", faut-il en conclure que la liberté contractuelle, "découlant" de cet article, est imprégnée, en conséquence, de valeur constitutionnelle? (...) Il (le Conseil constitutionnel) suggère le rapprochement ou invite le commentateur à le suggérer-il ne l'établit pas lui-même et se garde d'affirmer clairement, que découle de la liberté proclamée à l'article 4 de la déclaration, en particulier la liberté contractuelle"; Voir FRAISSEIX (P.), "Les droits fondamentaux prolongement ou dénaturation des droits de l'homme?", Chronique constitutionnelle, RDP, mars-avril 2001, p. 531; MERLAND (G.), L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, thèse, Montpellier, 2002, p. 225; LAJOYE (Ch.), "De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle", CRDF, n° 1, 2002, p. 120.

(1) cons. Constit., décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Rec, p. 100; décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Rec., p. 33; MATHIEU (M.), VERPEAUX (M.), ROBBE (F.) et autres, Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 26, 2e partie, LPA, 1er août 2001, n° 152, p. 15; SCHOETTL (J.-E.),: L'EXAMEN PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA LOI RELATIVE A LA REDUCTION NEGOCIEE DU TEMPS DE TRAVAIL", LPA, 19 janvier 2000 n° 13, P. 6; décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, Rec., p. 176; décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Rec., p. 145; B.M. et M.V., note sous la Décision - 2001-451 DC - Loi portant amélioration

نذكر منها علي سبيل المثال لا الحصر حكمه الصادر فـــي ١٣ ينـــاير ٢٠٠٠[1] الخاص ببحث مدى دستورية القانون الخاص بتقليل التفاوض فـــي وقت العمل، حيث دفع الطاعنون على هذا القانون أنه يتعارض مـــع المـــادة

---

de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles du 27 novembre 2001, chro., n° 28 2e partie, LPA, 17 septembre 2002, n° 186; décision n 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Rec., p. 49; décision n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, Rec., p. 583; L.B.P. et B.M. note sous décision n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002 Loi de finances pour 2003, chro. De jurisprudence constitutionnelle n° 30, LPA, 2 avril 2003, n° 66, p. 18 ;décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, Rec., p. 43; B.M. et M.V. note sous la décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 30, LPA, 2 avril 2003, n° 66, p. 18 ; voir sur le site http://www.conseil-constitutionnel.fr DE LAMOTHE (O.-D.), "Droits fondamentaux et interpretation du contrat: le regard du juge constitutionnel", 12 janvier 2007, 1-5; CAMBY (J.-P.), "Le contrôle de la loi de finances pour 2003 par le Conseil constitutionnel entre constitutionnalité et proportionnalité: propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 décembre 2002" LPA, 05 mars 2003 n° 46, P. 8; décision n° 2004-490 DC du 12 juillet 2004, Rec., p. 41; décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, Rec., p. 121; décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Rec., p. 168; TERNEYRE (Ph.), "Secteur public et concurrence: la convergence des principes à propos de la liberté contractuelle", AJDA, 2007, p. 1906.

(1) cons. Constit., décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail J. O. du 20 janvier 2000 p. 992.

الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩، ومن ثم يتعارض هذا القانون مع الحرية المهنية والحرية الشخصية في المرتبات وحرية التعاقد.

فبعد أن رد المجلس الدستوري على ما أثاره الطاعنون في تعارض هذا القانون مع الحرية المهنية والحرية الشخصية في المرتبات، جاء رده فيما يتعلق بتعارض هذا القانون مع حرية التعاقد مؤكدًا على إلغاء بعض نصوص القانون المعروض عليه لتعارضها مع حرية التعاقد النابعة من المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي، مما يؤكد على القيمة الدستورية لحرية التعاقد(١).

وفي حكم آخر شهير للمجلس الدستوري في ١٩ ديسمبر ٢٠٠٠ الخاص ببحث مدى دستورية القانون المالي للضمان الاجتماعي لعام ٢٠٠١، أكد المجلس على القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد بالنسبة للعقود المستقبلية

---

(1) cons. Constit., décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail J. O. du 20 janvier 2000 p. 992; OUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), La sécurité juridique: le point de vue du juge constitutionnel, in sécurité juridique et complexité du droit, Rapport 2006 du Conseil d'Etat, p. 369; LENOIR (N.), Le métier de juge constitutionnel – Entretien avec Noëlle Lenoir, Le débat, mars 2001, p. 178; MATHIEU (M.), VERPEAUX (M.), ROBBE (F.) et autres, Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 26, 2e partie, LPA, 1er août 2001, n° 152, p. 15.

أو الرغبة في التعاقد، وذلك استنادًا للمادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩[١].

وأصدر المجلس الدستوري العديد من الأحكام التي تؤكد علـــي حمايـــة حرية التعاقد في مجال الرغبة في التعاقد استنادًا للإعلان الفرنـــسي لحقـــوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في ١٧٨٩[٢]. ولكن المجلس الدســـتوري

---

(1) cons. Constit, Décision N° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 J. O. du 24 décembre 2000, p. 20576 :" Considérant, par ailleurs, que, s'il est vrai que le dispositif institué par le législateur a notamment pour finalité d'inciter les entreprises pharmaceutiques à conclure avec le comité économique des produits de santé, en application de l'article L. 162-17-4 du code de la sécurité sociale, des conventions relatives à un ou plusieurs médicaments, visant à la modération de l'évolution du prix de ces médicaments et à la maîtrise du coût de leur promotion, une telle incitation, inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution". Voir aussi, SCHOETTL (J.-E.), commentaire de la décision conseil constitutionnel n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, LPA, n 255, p.11; PHILIP (L.), commentaire de la décision conseil constitutionnel n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, RFDC, 2001, p. 129.

(2) cons. Constit., décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, Rec., p. 121; décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, Rec., p. 137; décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, Rec., p. 467; décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, Rec., p. 473; D.

استخدم اصطلاح حرية التعاقد النابعة من المادة الرابعة للإعلان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ في حكمه الصادر في ٣٠ مارس ٢٠٠٦[1] وكان ذلك بمناسبة بحث مدى دستورية العقود التي يبرمها رب العمل استنادا لقانون مشروعية الغناء والذي تم الطعن عليه لتعارضه مع مبدأ حرية التعاقد، حيث يعطى لرب العمل سلطة إنهاء العقد المبرم خلال العامين الأولين بدون ذكر سبب الإنهاء. فكان رد المجلس الدستوري بأنه لا مبدأ حرية التعاقد الناتج عن المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي الصادر ١٧٨٩ ولا أي قاعدة أو مبدأ

2004, p. 1270, note D. RIBES; AJDA 2003, p. 2347, obs. S. BRONDEL; LPA, 24 decembre 2003, p. 10 note J.-E. SCHOETTI; décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004, Rec., p. 107; décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, J.O. du 2 avril 2006, p. 4964; MODERNE (F.), "La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle?", RFDA, 2006, p. 2; MATHIEU (M.), VERPEAUX (M.), ROBBE (F.) et autres, Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 26, 2e partie, LPA, 1er août 2001, n° 152, p. 15.

(1) cons. Constit., Décision N° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances Journal officiel du 2 avril 2006, p. 4964: "Considérant, en premier lieu, qu'il ne résulte ni du principe de la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ni d'ailleurs d'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle que la faculté pour l'employeur de mettre fin au "contrat première embauche" devrait être subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs".

ذا قيمة دستورية تلزم رب العمل في أن يعلن عن أسباب إنهاء العقد مسبقاً. هذا الاصطلاح الذي استخدمه المجلس الدستوري لأول مرة يؤكد على تمتع هذا المبدأ بالقيمة الدستورية مثل الحرية المهنية والحق في الملكية. ومن أحكام المجلس الدستوري في هذا الشأن حكمه الصادر في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٦[1]، وحكم المجلس الدستوري الصادر في ١٦ أغسطس ٢٠٠٧[1].

---

(1) cons. Constit., Décision N° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, Journal officiel du 8 décembre 2006, p. 18544: "Considérant que les requérants soutiennent qu'en maintenant de façon illimitée l'obligation, faite aux collectivités territoriales ayant concédé à Gaz de France la distribution publique de gaz naturel, de renouveler leur concession avec cette entreprise, tout en privant cette dernière de son caractère public, le législateur a porté à la libre administration de ces collectivités et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée que ne justifie désormais aucun motif d'intérêt général; Considérant que, si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, c'est à la condition notamment que celles-ci concourent à des fins d'intérêt général ; qu'il peut aux mêmes fins déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789." Voir ALCARAZ (A.), "Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003: Illustration des limites du contrôle de constitutionnalité", RFDA 2009, p. 497; HOEPFFNER (H.), "La modification des

contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire", RFDA, 2011, p. 98.

(1) cons. Constit., Décision N° 2007-556 DC du 16 aout 2007, Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs Journal officiel du 22 août 2007, p. 13971: "Considérant que les députés requérants estiment qu'en imposant, avant le 1er janvier 2008, la mise en conformité des accords de prévention des conflits antérieurs, le III de l'article 2 de la loi déférée méconnaît le principe constitutionnel de la liberté contractuelle ; Considérant que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de 1946 ; Considérant qu'il ressort des travaux parlementaires que la disposition critiquée a pour principal objet de rendre obligatoires et non plus facultatives les procédures de prévention des conflits antérieures, et en particulier celles prévues dans des accords-cadres signés à la Régie autonome des transports parisiens et à la Société nationale des chemins de fer français; qu'ainsi, sans remettre en cause l'économie de ces conventions, elle tend à renforcer la continuité du service public que ces entreprises ont la charge d'assurer, tout en garantissant le respect du principe d'égalité devant la loi ; que, dans ces conditions, elle ne porte pas une atteinte inconstitutionnelle à l'économie des contrats légalement conclus».

نوفمبر ٢٠٠٦ الخاص ببحث مدي دستورية القانون الخاص بقطاع الطاقة حيث طعن علي دستورية هذا القانون، وبصفة خاصة مدى دستورية الزام الجماعات المحلية بالتعاقد مع شركة غاز فرنسا GDF المتعلقة بالامتيازات العامة لتوزيع الغاز. حيث قضى المجلس الدستوري بان الزام الجماعات المحلية بالتعاقد مع شركة غاز فرنسا يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد لهذه الجماعات وبصفة خاصة بعد أن أصبحت شركة غاز فرنسا من المشروعات الخاصة التي تدار بأسلوب القطاع الخاص. حيث قضى المجلس بأن المشرع يستطيع، ولاعتبارات المصلحة العامة، مخالفة مبدأ حرية التعاقد المنسبق عن المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩[1].

ومن ضمن الأحكام الحديثة للمجلس الدستوري حكمه الصادر في ٢٦ نوفمبر ٢٠١٠ الخاص ببحث مسألة الدستورية التي أحالته إليه محكمة النقض استنادا للمادة ٦١-١ من الدستور بناء على دفع من السيد Claude الذي أثار فيه تعارض المادة ١١٤-١٦ من تقنين الضمان الاجتماعي والمادة ٨٢٧١-

(1) Cons. const., 30 nov. 2006, décis. n° 2006-543-DC, Loi relative au secteur de l'énergie, AJDA 2007. 192, note G. Marcou; chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit, note G. Marcou; D. 2007. 1760, note M. Verpeaux; obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino; GDCC 15e éd., 2009, n° 46 ; RFDA 2006. 1163, note R. de Bellescize ; Th. FLEURY, La liberté contractuelle des personnes publiques, RFDA, 2012, p. 231.

٨-١ من تقنين العمل مع الحقوق والحريات المصونة دستوريا. حيث أشار الطاعن أن هذه النصوص تمثل اعتداء على حرية الدفاع وحرية التعاقد والحرية المهنية والحق في الملكية.

ولكن المجلس الدستوري قضى بأن هذه النصوص لا تتعارض مع الحق في الدفاع ولا حرية التعاقد ولا الحرية المهنية ولا الحق في الملكية ولا أي حق أو حرية مصونة دستوريا.

"Elles ne portent atteinte ni à la présomption d'innocence ni au respect des droits de la défense ; qu'elles ne méconnaissent pas davantage la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre ou le droit de propriété. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit".

وهذا يدل دلالة واضحة على أن حرية التعاقد تعتبر من ضمن الحريات الدستورية، حيث ذكرها المجلس الدستوري ضمن عداد الحريات والحقوق المحمية دستوريا كالحق في الدفاع والحق في الملكية والحرية المهنية[1].

وفي حكم شهير للمجلس الدستوري صدر في ٨ يوليو ٢٠١١ قضى فيه

(1) Cons. Constit., Décision N° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, Journal officiel du 27 novembre 2010 p. 21118; voir aussi cons. Constit., 13 mai 2011, déc. n° 2011-126 QPC, J.O., 13 mai 2011, p. 8400; cons. Constit., 24 juin 2011, decs. n° 2011-141 QPC, J.O., 25 juin 2011, p. 10842.

بعدم دستورية نص المادة ٢٢٢٤-١١-٥ من تقنين الجماعات المحلية لتعارضها مع مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية طبقا للمادتين ٣٤ و ٧٢ من الدستور الفرنسي(١).

يتضح لنا من العرض السابق لموقف المجلس الدستوري أنه تردد في البداية في الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد، إلا أنه أقر في حكمه الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤ بأنه ما من قاعدة دستورية تحمي حرية التعاقد. ولكنه عدل عن هذا القضاء في العديد من أحكامه اللاحقة التي تؤكد على القيمة الدستورية لحرية التعاقد استنادًا لنص المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ والتي أكدت عليها مقدمة دستور فرنسا الحالي الصادر عام ١٩٥٨، وذلك حماية لاقتصاديات العقود سارية المفعول وحماية للرغبة في التعاقد.

---

(1) Con. Constit., 8 juillet 2011 - Décision N° 2011-146 QPC.

المبحث الثاني

دور القضاء الدستوري المصري في إرساء مبدأ حرية التعاقد

نجد أن الدستور المصري الصادر في ١١ سبتمبر عام ١٩٧١ الملغي والإعلان الدستوري الصادر عقب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ وتحديدًا في ٣٠ مارس ٢٠١١ قد خلا من النص صراحة على الحماية الدستورية لحرية التعاقد، إلا أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا (التي حلت محلها) أكدتا في العديد من أحكامهما على الحماية الدستورية لحرية التعاقد استنادا إلى مفهوم الحرية الشخصية المنصوص عليه في المادة ٤١ من الدستور الملغي والتي تقابل حاليا المادة الثامنة من الإعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ والتي تقضي بأن الحرية الشخصية حق طبيعي وهى مصونة لا تمس.

حيث قضت المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في ٧ يونيو ١٩٩٧ بأن " حرية التعاقد، قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صونًا للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائن يحمل على ما لا يرضاه، بل بشر سوى. بيد أن حرية التعاقد هذه التي تعتبر في القضاء المقارن حقًا طبيعياً، ولازمًا كذلك لكل إنسان تطويرًا لإرادة الخلق والإبداع، وانحيازا لطرائق في الحياة

يختارها، ويكون بها أكثر اطمئنانا لغده"[1].

وقضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في ٢ أغسطس ١٩٩٧ بأن "السلطة التشريعية وإن صاغ لها استثناء أن تتناول أنواعًا من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم آمر يكون مستندًا إلى مصلحة مشروعة، إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسعها أن تهدم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر، ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملاً في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها - والتي توازن انفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق الصالح العام - لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاءً لوجودها، ومحوًا كاملاً للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيرًا عنها، ممثلاً في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها"[2].

يتضح لنا من الحكم السابق أن المحكمة الدستورية العليا حاولت أن توفق

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، ٧ يونيو١٩٩٧، طعن رقم١٦ لسنة١٧ ق، ص٦٦٧.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا، ٢ أغسطس ١٩٩٧، القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ ق دستورية، ج ٨، دستورية، ص٧٧٠.

بين مبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للإرادة سلطانًا واسعًا في إبـرام العقـود وتحديد شروطها وترتيب آثارها، وبين متطلبات بعـض العقـود، كـالعقود الإدارية، التي تقتضي طبيعتها أن يفرض القانون قيودًا على حرية الإدارة في التعاقد، وذلك بهدف حماية المرافق العامة والمصلحة العامة(١).

كما قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر فـي ٤ مـارس ٢٠٠٠ بأن "حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدسـتور صـونا للحريـة الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقريـر التـي ينبغي أن يملكها كل شخص فلا يكون بها كائن يحمل على ما لا يرضاه. إن حرية التعاقد - بهذه المثابة - فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحريـة الشخصية فهي كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود- المبنية على الإرادة الحرة - فيما بين إطرافها"(٢). وذات المحكمة قضت بأن "الأصل في العقود- وباعتبارها شريعة المتعاقدين تقـوم نصوصها مقام القانون في الدائرة التي يجيزها- هو ضرورة تنفيذها في كل

---

(١) انظر د/ محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١-١٩٨٢؛ د/ محمد عبد الحميد أبوزيد، دوام سير المرافق العامة، دراسـة مقارنـة، ١٩٧٥.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا، ٤ مارس ٢٠٠٠، طعن رقم ١٤٤ لـسنة ٢٠ ق، ص٤٩٧.

ما تشمل عليه، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفـاق الطـرفين أو وفقـا للقانون. وكلما نشأ العقد صحيحا، كان تنفيذه واجبا، فإن لم يقم المدين بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقديا، سواء نشأ هذه الخطأ عن عمد أو إهمال أو عن مجـرد فعل لا يقترن بأيهما"(١).

ولكن هذه الحرية المنصوص عليها في صلب الدستور الملغي وما تـلاه من الإعلان الدستوري ليست مطلقة، بل تخضع لبعض القيود والضوابط التي يضعها المشرع، حيث قضت المحكمة العليا (المحكمة الدستورية العليا حالياً) في حكمها الصادر في ٢٩ يونيو ١٩٧٤ بأن " المادة ٤١ من الدستور تـنص على أن "الحرية الشخصية حق طبيعي وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيـد أو منعه من التنقل إلا لأمر يستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمـع ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة وذلك وفقا لأحكـام القانون" وهذا النص لا يعنى أن الحرية الشخصية حق مطلق لا تـرد عليـه القيود، ذلك أن الإنسان لم يعرف هذه الحرية المطلقة إلا عندما كـان يعـيش فردا في العصور الأولى، فلما اقتضت ضرورات الحياة أن ينتظم في سـلك الجماعة أصبح كائنا اجتماعيا لا يستطيع العيش فردا، وقد اقتـضاه ذلـك أن

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، ٨ يوليو ٢٠٠٠، طعـن رقـم ٥٢ لـسنة ٢٠ ق، ص٦٤٥.

يلتزم في تصرفاته وأفعاله وأقواله الأصول والقواعد التي تتواضع عليها الجماعة ومن شأن هذه القواعد وتلك الأصول التي تحد من حريته فتحول دون اعتدائه على غيره من أعضاء المجتمع حتى يستطيع التمتع بمثل ما يتمتع به، والقانون هو الوسيلة الوحيدة لوضع هذه الحدود، وقد قامت تشريعات العقاب على هذا الأساس، لأنها إنما تؤثم صورا من العدوان على الغير حفظا لأمن الجماعة ونظام المجتمع، ولو أن الحرية أطلقت دون قيد لسادت الفوضى واختل الأمن والنظام وارتد المجتمع إلى عهود الغابة، يؤيد هذا النظر أن المشرع الدستوري إذ يقر الضمانات التي تجب مراعاتها عند القبض على الأفراد وحبسهم وإذ يوجب إشراف القضاء والنيابة على إجراءات القبض والحبس وضرورة استصدار أوامر القبض والحبس وغيرها من الإجراءات المقيدة للحرية من القاضي المختص أو النيابة العامة وفقًا لأحكام القانون فإنه يقر تقييد حرية الأفراد إذا اقترفوا ما يقتضي ذلك من الجرائم ومخالفة القانون، كما يقر بأن الحرية الشخصية التي أحاطها بسياج من القداسة في صدر النص ليست حرية مطلقة تمتنع على القيود والحدود إذا اقتضت مصلحة المجتمع فرض هذه الحدود والقيود"[1].

---

(١) المحكمة العليا، ٢٩ يونيو ١٩٧٤، طعن رقم ١ لسنة ٥ ق، ص١٦٣؛ أنظر ذات المحكمة ١٨ يناير ١٩٧٥، طعن رقم ١٣ لسنة ٥ ق، ص١٩٧؛ أول أبريل ١٩٧٨، طعن رقم ٥ لسنة ٧ ق، ص١٤٦.

فليس معني ضمان الحرية الشخصية أن يغل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها، ذلك أن صون الحرية الشخصية يفترض بالضرورة إمكان مباشرتها دون قيود جائرة تعطلها أو تحد منها، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها[1].

وفي حكم آخر للمحكمة الدستورية العليا في ٥ أغسطس ١٩٩٥ قضت فيه بأن "حرية التعاقد- وأيا كان الأصل الذي تتفرع عنه أو ترد إليه- لا تعنى على الإطلاق أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام وقد يورد المشرع في شأن العقود- حتى ما يكون واقعًا منها في نطاق القانون الخاص- قيودًا يرعى على ضوئها حدودًا للنظام العام لا يجوز اقتحامها. وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية ينص عليها وقد يعيد إلى بعض العقود توازنًا اقتصاديًا اختل فيما بين أطرافها وهو يتدخل إيجابيًا في عقود بذواتها محورًا من التزاماتها انتصافًا لمن دخلوا فيها من الضعفاء مثلما هو الأمر في عقود الإذعان والعمل. ولازال يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيمًا جماعيًا ثابتًا Contracts collectifs كتلك التي تتضمن تنظيمًا نقابيًا بما مؤداه أن للمشرع أن يرسم للإرادة حدودًا لا يجوز أن يتخطاها

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، ٢٢ مارس ١٩٩٧، طعن رقم ٤٥ لسنة ١٧ ق، ص٥٠٦.

سلطانها ليظل دورها واقعًا في إطار دائرة منطقية تتوازن الإرادة في نطاقها، بدواعي العدل وحقائق الصالح العام. ومن ثم لا تكون حرية التعاقد – محددة على ضوء هذا المفهوم – حقًا مطلقاً، بل موصوفاً، فليس إطلاق هذه الحرية وإعفاؤها من كل قيد، بجائز قانونًا وإلا آل أمرها سرابًا أو انفلاتاً.

Freedom of Contract is a qualified and not an absolute right There is no absolute freedom to as one wills , or to contract as one chooses.

وما تقدم مؤداه أن ضمان الحرية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها، ذلك أن الحرية تقيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائرة arbitrary restraints وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها. متى كان ذلك وكانت القيود التي فرضتها النصوص المطعون عليها على من يملكون سلطة التعيين في القطاع العام غايتها ضمان فرص حقيقية للمعوقين، تكفل إنصافهم في مجال العمل فإن النعي عليها إخلالها بحرية التعاقد، ومخالفتها بالتالي لنص المادة (٤١) من الدستور، يكون على غير أساس"[١].

كما قضي بأنه "يبدو أن حرية التعاقد هذه التي تعتبر في القضاء المقارن حقًا طبيعياً، ولازمًا كذلك لكل إنسان تطويرًا لإرادة الخلق والإبداع، وانحيازا

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، ٥ أغسطس ١٩٩٥، طعن رقم ٨ لسنة ١٦ ق.

لطرائق في الحياة يختارها، ويكون بها أكثر اطمئنانا لغده، يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان، فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حق موصوف A qualified right، ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يدنيها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها، بين تمردها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها، بين مروقها مما يحد من اندفاعها، وردها إلى ضوابط لا يمليها التحكم.

وفى إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع عليها، تقديرًا بأن الحرية الشخصية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضروريًا لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض. ومن المقرر كذلك، أن حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، فإنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيا كان المدين بأدائها. ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كتلك التي تدعو للجريمة وتنظمها، أو تعرقل دون حق تدفق التجارة في سوق مفتوحة تحكمها قوانين العرض والطلب، وكانت السلطة التشريعية وإن صاغ لها استثناء أن تتناول أنواعًا من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم أمر يكون

مستندًا إلى مصلحة مشروعه، إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسعها إنهاء العمل بعقود صحيحة دخل أطرافها فيها وفق أحكام القوانين المعمول بها عند إبرامها، ما لم يكن تدخلها على هذا النحو مقترنًا بتعويض يقابل الحقوق التي رتبتها، ويتكافأ معها"[1].

ولكن القيود التي يرفضها المشرع على ممارسة حرية التعاقد لا يجوز أن تصل إلى حد إلغائها وانعدام دور الإرادة في تكوين العقد وتحديد آثاره حيث قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٩٧ بأن "حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيا كان المدين بأدائها. كما أن السلطة التشريعية، وإن صاغ لها استثناء أن تتناول أنواعًا من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم آمر يكون مستندًا إلى مصلحة مشروعة، إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر، ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملاً في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاءً لوجودها، ومحوًا كاملاً

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، ٧ يونيو ١٩٩٧، طعن رقم ١٦ لسنة ١٧ ق، ص٦٦٧.

للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيرًا عنها، ممثلاً في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها"[1].

كما قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٤ مارس ٢٠٠٠ بأنه "يبدو أن هذه الحرية (حرية التعاقد)- التي لا يكفلها انسيابها دون عائق ولا جرفها لكل قيد عليها ولا علوها على مصالح ترجحها وإنما يدنيها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها - لا تعطلها تلك القيود التي تفرضها السلطة التشريعية عليها بما يحول دون انفلاتها من كوابحها ويندرج تحتها أن يكون تنظيمها لأنواع من العقود محددا بقواعد آمرة تحيط ببعض جوانبها غير أن هذه القيود لا يسنعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة سلطانها ولا أن تخلط بين المنفعة الشخصية التي يجنيها المستأجر من عقد الإيجار - والتي انصرفت إليها إرادة المالك عند التأجير - وبين حق الانتفاع كتحد الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية[2]".

يتضح لنا من العرض السابق لموقف المحكمة الدستورية العليا في مصر أن حرية التعاقد تتمتع بالحماية الدستورية وذلك باعتبارها حقا طبيعيا وهي

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، ٤ أكتوبر ١٩٩٧، طعن رقم ٧١ لسنة ١٩ ق،.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا، ٤ مارس ٢٠٠٠، طعن رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ ق، ص٤٩٧.

مصونة لا تمس، ولكن هذا لا يمنع من تدخل المشرع لفرض بعض القيود على ممارسة هذه الحرية، وذلك من أجل حماية المصالح العامة للمجتمع دون أن يؤدى هذا التدخل التشريعي إلى إلغاء هذه الحرية أو انعدم دورها في الاختيار أو التقرير.

هذا الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد أكدته العديد من أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر منذ تاريخ إنشائها حتى الآن، بعكس المجلس الدستوري الفرنسي كان مترددا في البداية في الاعتراف بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، ثم أعلن انتفاء قيمتها الدستورية في حكمه الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤، ثم عدل عن هذا الاتجاه في العديد من أحكامه اللاحقة على هذا الحكم وأكد لنا من خلال دراستنا وتحليلنا للعديد من أحكامه ما تتمتع به حرية التعاقد من قيمة دستورية، وذلك بالإشارة إلى نصوص الإعلان الفرنسي للحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ ومقدمة دستور فرنسا الصادر في ١٩٤٦، والتي أكدت عليه مقدمة دستور فرنسا الحالي الصادر عام ١٩٥٨ بالإضافة لمبادئ الجمهورية ونصوص المواد ٣٤ و٧٢ من دستور فرنسا الحالي، حيث ثبت لدينا تمتع مبدأ حرية التعاقد بالقيمة الدستورية استنادا لما سبق ذكره.

الفصل الثالث

النظام القانوني لحرية الإدارة في التعاقد

إذا كان للإرادة دور كبير في إنشاء العقود المدنية، فإن دورها يكون محدودا في حالة إنشاء عقود الإدارة سواء الإدارية منها أو المدنية لما تتمتع به هذه العقود بقدر من الخصوصية. حيث يتدخل المشرع لتنظيم تعاقد الجهة الإدارية ولاسيما العقود الإدارية الرئيسية، وذلك لاعتبارات تتعلق بالاعتماد المالي وضمان تنفيذ المشروعات العامة، وما يتطلبه ذلك من اختيار المتعاقد على أساس المقدرة الفنية والقدرة المالية لتحقيق أفضل النتائج، كما أن هناك اعتبارات أخرى تتعلق باختيار المتعاقد على أساس المنافسة والعلانية والشفافية، حيث يضع المشرع ضوابط تضمن المنافسة بين المتناقصين جميعا وتهيئ الفرصة لهم جميعاً، ومن ثم تعتبر هذه الاعتبارات قيودًا على حرية الإدارة في التعاقد[1].

---

(١) د/ إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، ١٩٨١، ص١٤٨؛ د/ مال الله جعفر عبد الملك الجمادي، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص٦٥.

Voir DREYFUS (J.-D.), " Marches à procédure adaptée: liberté en trompe-l'œil pour les personnes publiques en matière de publicité", AJDA, 2005, p. 2128; DREYFUS (J.-D.), "Code des marchés et PME: Le choix de la discrimination positive", AJDA, 2006, p. 1769.

فإن الأصل في التعاقدات الإدارية هو تقييد الإدارة بضوابط المشروعية الإدارية أي تمتع الإدارة بسلطة مقيدة ضمانا لحماية مصالح المجتمع من احتمالات تعسف الإدارة، وأنه في الحالات التي تستوجب حماية المصالح الجماعية فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية على أن تمارسها في إطار من الضوابط التشريعية والقضائية. هذه السلطة التقديرية أو ما يطلق عليها مجازا الحرية التعاقدية، قد تتسع أحياناً وتضييق أحياناً أخرى حسب ظروف التعاقد ونوع العقد ومدى تأثيره علي حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

لذا فإننا سوف نتناول في هذا الفصل دراسية تطبيقية لبعض مظاهر حرية الإدارة في التعاقد، وذلك لبيان مدى تمتع الإدارة بحرية اللجوء للتعاقد من عدمه وحريتها في اختيار المتعاقد معها وتحديد مضمون وشكل التعاقد ومدى حرية الإدارة في الاستمرار في تنفيذ التعاقد حتى نهاية المدة أو اتمام العمل رغم تغيير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد. هذه الدراسة التطبيقية ليس الهدف منها دراسة النظرية العامة للعقود الإدارية، بقدر القاء الضوء علي كل ما هو جديد في مجال موضوع البحث.

ولذا فإننا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول مظاهر حرية الإدارة في مرحلة التعاقد، ثم نتناول مظاهر حرية الإدارة في مرحلة تنفيذ التعاقد.

المبحث الأول

مظاهر حرية الإدارة في مرحلة إبرام التعاقد

تتمتع الجهة الإدارية في مجال إبرام عقودها الإدارية ببعض مظاهر حرية التعاقد سواء في اللجوء للتعاقد أو عدم اللجوء إليه أم في اختيار المتعاقد معها أم تحديد مضمون العقد وشكله. ونظراً لأن حرية الإدارة في التعاقد ليست مطلقة حيث يرد عليها كثير من القيود التشريعية، من خلال الخضوع للنصوص القانونية الملزمة، والقيود القضائية من خلال الخضوع للرقابة القضائية، لذا فإن الجهة الإدارية بإعتبارها طرف في العقد الإداري تتمتع ببعض مظاهر الحرية أو السلطة التقديرية في مرحلة التعاقد.

وفي ضوء ذلك، فإننا سوف نعرض لطرق وضوابط اللجوء للتعاقد في المطلب الأول، ثم السلطة التقديرية للإدارة في تحديد مضمون وشكل التعاقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول

طرق وضوابط اللجوء للتعاقد

لقد حدد قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ عدة طـرق لإبرام بعض العقود الإدارية، ومن هذه الطرق المناقصة والممارسة والاتفاق المباشر[١]. إلى جانب ذلك توجد طائفة أخرى من العقود الإدارية كعقود التزام المرافق العامة التي لم يحدد لها المشرع طريقة معينة لاختيار المتعاقد، فيكون لجهة الإدارة الحرية الكاملة في اختيار صاحب الامتياز.

كما تخضع جهة الإدارة إلى عدة قيود قبل إبرام عقودها الإدارية، وتتعدد هذه القيود فمنها ما يتعلق بضرورة تـوافر الاعتمـاد المـالي، وضـرورة الحصول على تصريح بالتعاقد، وصدور قرار من المجالس الإداريـة قبـل التعاقد، وأخيرًا الحصول على الاستشارات السابقة. وبعد إتمـام الإجـراءات السابقة يكون لجهة الإدارة الحق في إتمام عملية التعاقد أو عدم إتمامها طبقـا لما تقضي به المصلحة العامة للمرفق العام.

---

(١) د/ موريس صادق، قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإداريـة، دار محمود للنشر والتوزيع، ١٩٩٩؛ أ.د/ صلاح الدين فوزي محمد، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

أولا: طرق التعاقد

في نطاق القانون الخاص، نجد أن أطراف العقد غير مقيدين بطريقة معينة في اختيار المتعاقد إلا إذا وجد نص صريح بذلك، ولكن في نطاق القانون العام نجد أن جهة الإدارة ملزمة بإتباع الطرق المنصوص عليها في قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. وفيما عدا الحالات التي نص عليها المشرع في قانون المناقصات والمزايدات، يكون لجهة الإدارة الحرية الكاملة في اختيار أسلوب التعاقد، فقد تفضل اللجوء إلى أسلوب الاعتبار الشخصي كما هو الحال في عقود الامتياز أو تفضل اللجوء إلى وضع مناقصة عامة تقوم بتحديد شروطها وضوابطها دون الخضوع للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كما هو الحال في بعض عقود الـB.O.T.

ولقد نظم القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨م طرق التعاقد؛ وطبقاً لأحكام هذا القانون تعتبر المناقصة (أو المزايدة) والممارسة الطريقتين الرئيستين لاختيار المتعاقد مع جهة الإدارة وإلى جانبهما توجد طريقة الاتفاق المباشر.

- تعريف المناقصة أو المزايدة

المناقصة أو المزايدة هي طريقة بمقتضاها تلتزم جهة الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة

المطلوب أداؤها[1].

والمناقصة عكس المزايدة، فالأولي تهدف إلى اختيار صاحب العطاء الأفضل من الناحية الفنية والأقل سعر من الناحية المالية، ويكون ذلك في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد[2]، أما المزايدة فتهدف إلى اختيار صاحب العطاء الأفضل من الناحية الفنية والأعلى سعراً، ويكون ذلك في حالة ما إذا أرادت الجهة الإدارية أن تؤجر أو تبيع بعض أملاكها الخاصة، والأحكام القانونية واحدة بالنسبة للمناقصة والمزايدة.

وطبقاً للمادة الأولي من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ يكون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طريق المناقصة العامة، ويتم اللجوء إلى أسلوب المزايدة في حالة بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية، والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف (مادة ٣٠).

---

(١) د/ سليمان الطماوي، المبادئ العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي ١٩٩١، ص٢٣٩ .

(٢) د/ محمد محمد عبد اللطيف بالاشتراك معًا في مؤلف القانون الإداري، ٢٠٠٥، ص٥٤٢.

ويستخدم اصطلاح adjudicaticn للدلالـــة علـــى معنـــي المناقـــصة والمزايدة ويعني هذا الاصطلاح الإرساء، ولذلك فإننا سوف نـــستخدم دائمـــاً اصطلاح المناقصة للدلالة على المعنيين معاً لأن المناقصة هي الأكثر شيوعاً في الحياة العملية.

تتنوع وتتعدد صور المناقصة فقد تكون المناقصة عامـــة وقـــد تكـــون المناقصة محدودة وأخيراً قد تكون محلية.

تخضع المناقصة العامة إلى ثلاث مبادئ أساسية أشارت إليهما المادة ٢ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وهما :-

١- مبدأ العلانية:

مبدأ العلانية يعني ضرورة الإعلان عن المناقصة (أو المزايدة) حتـــى يتاح الفرصة لأصحاب العروض للتنافس حول تقديم أفضل العـــروض فنيـــاً ومالياً، ويكون الإعلان داخل مصر إذ كانت المناقصة داخلية ويكون داخـــل وخارج مصر إذا كانت المناقصة خارجية، ويتم الإعلان في الصحف اليومية ويجوز إضافة وسائل أخري من وسائل الإعلام واسعة الانتـــشار كـــالراديو والتليفزيون والإنترنت.

٢- مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة:

يقصد بهذا المبدأ معاملة المتقدمين على أساس المساواة، ومن ثم لا يجوز لجهة الإدارة أن تمييز بعضهم عن بعض فلا يجوز قبول شخص لم يتـــوافر

فيه شروط التقدم للمناقصة كما لا يجوز التقدم للمناقصة بعد الميعـــاد، كمـــا لا يجوز قبول العطاء دون دفع التأمين المؤقت كاملاً.

حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " قبول عطاء المطعون عليه بعد الميعاد إنما هو إخلال صريح بمبدأ المساواة بين المتناقصين بما يعد اســـتثناء على خلاف الشروط المعلنة وإخلال بتكافؤ الفرص[1].

٣- مبدأ المنافسة:

ويقصد بهذا المبدأ إتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيه شروط المناقصة لكي يتقدم بعطاءه في المناقصة، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق بدون سند قانوني.

ولا يتعارض مبدأ حرية المنافسة مع إعطاء جهة الإدارة الحق في فرض شروط معينة تري وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة، كما لا يتعارض مع مبدأ المنافسة إعطاء الحق لجهة الإدارة في استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية والمالية لأداء الأعمال المطلوبـــة ســـواء قبـــل التقـــدم بالعطاءات أو بعد التقدم بها[2].

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، جلسة في ٢٤ نوفمبر ١٩٦٢، طعن رقم ١٥٥٨، مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في ٤٠ سنة مـــن ١٩٥٥ حتى ١٩٩٥، بند رقم ٨٧، ص٢٠٧.

(٢) انظر هذا المعني حكم محكمة القضاء الإداري، ٢١ أبريل ١٩٧٣، دعـــوى رقـــم ٢٩٤٦ لسنة ٥٧ بند ٢٥٣، ص٣٦٩.

تمر المناقصة العامة بعدة مراحل تبدأ من الإعلان عن المناقـصة ثـم التقدم للمناقصة ثم فحص العطاءات وإرساء المناقصة.

بعد الإعلان عن المناقصة، يجوز لراغبي التعاقد التقدم بعطاءاتهم إلـى جهة الإدارة خلال ثلاثين يوماً من تـاريخ أول إعـلان، ويجـوز للـسلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لا تقل عن عشرين يوماً.

ويجب تقديم العطاء في مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والثاني للعرض المالي ولا يتم فتحهما إلا بمعرفة لجنة فتح المظاريف وذلك تحقيقـاً لسرية العطاءات.

بعد تقديم العطاءات وتضمينها كافة البيانات التي تطلبها القانون، تقـوم جهة الإدارة بفحص دقيق للعطاءات وتقوم أولاً بفحص العطاءات الفنية ثـم العطاءات المالية التي لا يتم فحصها إلا إذا كانت مقبولة فنيـة وتمـر هـذه العملية بعدة مراحل وتتولاها لجنتان أحدهما لجنة فتح المظاريف والأخر لجنة البت.

حيث تنص المادة ١١ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن " يكون البت في المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين تقوم أحدهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت في المناقصة. على أنه بالنسبة للمناقصة التي لا تجاوز قيمتها خمسين ألف جنيه فتتولى فتح المظاريف والبت في المناقصة لجنة واحدة ".

يجب على لجنة البت اسـتبعاد العطـاءات غيـر المطابقـة للـشروط

والمواصفات ويجب أن يكون قرارها مسبب، فيجب أن يكون قرار الاستبعاد قائم على سبب وأن تؤيده الأدلة والأوراق وإلا كان قرارها باطلاً[1].

يجب على اللجنة أن توصي بقبول العطاء الوحيد بشرط أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة المناقصة أو لا تكون ثمة فائدة من إعادة المناقصة ما دام العطاء الوحيد مطابق للشروط ومناسب من حيث السعر.

يحق لجنة البت أن تستوفي من مقدمي العطاءات ما تراه من بيانات ومستندات وإيضاح ما يغمض عليها حتى يتسنى لها إجراء عمليه التقييم بدقة.

تقوم لجنة البت بفحص العطاءات الفنية أولاً، ثم إخطار أصحاب العطاءات الفنية بموعد ومكان فحص عطاءاتهم المالية، أي أن فحص العطاءات المالية يتوقف على العطاءات المقبولة فنياً.

تقوم لجنة البت بإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، ولا يعتبر قرار الإرساء مصدراً لإقامة العلاقة التعاقدية، بل لابد من تصديق السلطة المختصة على قرار الإرساء ومن هنا تنشأ العلاقة العقدية بين الطرفين.

ويجوز للجنة البت أن توصي بإلغاء المناقصة في الحالات الآتية :

- إذا تقدم عطاء وحيد، أو لم يبقي بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد.

---

(١) المحكمة الإدارية العليا ، ٤ ديسمبر ٢٠٠١ ، طعن رقم ٣٣٦ ، لسنة ٤١ ق.

- إذا اقترنت العطاءات كلها أو بعضها بتحفظات.

- إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد عن القيمة التقديرية.

- إذا استغني عن المناقصة نهائياً.

- إذا اقتضت المصلحة العامة إلغاء المناقصة.

ويجب أن يكون إلغاء المناقصة في الحالات السابقة بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على توصية من لجنة البت.

- المناقصة المحدودة:

يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو إستشارين أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء في داخل مصر أو خارجها، على أن تتوافر في شأنهم الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة (م٣ من القانون).

يكون التعاقد بالمناقصة المحدودة بقرار مسبب من السلطة المختصة، وغالباً يكون التعاقد على الأعمال والتوريدات التي يكون من الأفضل قصر الاشتراك فيها على مؤسسات معتمدة من ذوي الخبرة والكفاءة العالية.

توجه الدعوة لتقديم العطاءات في المناقصة المحدودة لأكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة، وذلك بموجب كتاب موصى عليه قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بخمسة عشر يوماً على الأقل، ويجوز تسليم الدعوة لأصحاب العطاءات بأي وسيلة أخري مع

ضرورة إثبات تسليمها لأصحاب الشأن. (المادة ٣٥ من اللائحة). يجب أن يتضمن الإعلان عن المناقصة المحدودة كافة البيانات التي يجب توافرها في حالة الإعلان عن المناقصة العامة (مادة ٣٥ من اللائحة).

فيما عدا هذه الأحكام، تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والأحكام الخاصة بالمناقصة العامة المنصوص عليها في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية.

- المناقصة المحلية:

يقتصر الاشتراك في المناقصة المحلية على الموردين والمقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد.

ولكن لا يجوز التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما يزيد عن مائتي ألف جنيه، أي أن المشرع المصري أجاز التعاقد بهذا الأسلوب في حدود المائتي ألف جنيه فقط، وذلك بقرار مسبب من السلطة المختصة (مادة ٤ من القانون و٣٧ من اللائحة).

توجه الدعوة لأكثر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ممن يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم في دائرتها تنفيذ التعاقد، بموجب خطاب موصى عليه قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بعشرة أيام على الأقل، ويجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها في حالة التعاقد بأسلوب المناقصة العامة.

فيما عدا هذه الأحكام، تخضع المناقصة المحلية لكافة القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها باللائحة التنفيذية بالنسبة للمناقصة العامة.

- الممارسة:

الممارسة إما أن تكون ممارسة عامة أو ممارسة محدودة.

الممارسة العامة:

في ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغي، كانت الممارسة عموماً من الطرق الاستثنائية لاختيار المتعاقد مع الإدارة، ولكن في ظل القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات أصبحت الممارسة العامة، إلى جانب المناقصة العامة، إحدى الطرق الرئيسية لاختيار المتعاقد مع الإدارة.

ويخضع التعاقد عن طريق الممارسة العامة لنفس القواعد والإجراءات التي تنظم عملية التعاقد عن طريق المناقصة العامة، فيما لم يرد بشأنه نص خاص ويكون اللجوء إلى التعاقد بطريق الممارسة العامة بقرار من السلطة المختصة، ولا يشترط أن يكون القرار مسبباً لأنها أصبحت وسيلة رئيسية للتعاقد مثلها مثل المناقصة العامة.

تتولى إجراءات الممارسة العامة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفقاً لأهمية وطبيعة التعاقد، وإذا كانت الممارسة داخلية يجب أن يشترك في عضوية اللجنة ممثل لوزارة المالية إذا

جاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه، وكذلك عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه. إما إذا كانت الممارسة خارجية، فيجب أن يشترك في عضوية اللجنة ممثل لوزارة المالية وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة مليون جنيه.

يتم الإعلان عن الممارسة العامة طبقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية بالنسبة للمناقصة العامة، على أنه يجوز في حالة الاستعجال وبموافقة السلطة المختصة تقصير المدة المحددة لتقديم العروض بحيث لا تقل عن عشرة أيام من تاريخ أول إعلان عن الممارسة.

تعقد لجنة الممارسة جلسة علنية لفحص العروض الفنية فقط والتأكد من مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية المطروحة، وترفع تقريراً للسلطة المختصة يتضمن توصياتها من حيث قبول أو رفض أي من العروض وأسباب ذلك.

وبعد اعتماد السلطة المختصة لتوصيات لجنة الممارسة، تتولى إدارة المشتريات إخطار أصحاب العروض المقبولة فنياً بمكان وزمان انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية ليتسنى حضورهم أو مندوبيهم حضور أعمال لجنة الممارسة.

وتتولى لجنة الممارسة إجراء ممارسة مع مقدمي العروض المقبولة فنياً

أو مندوبيهم في جلسات علنية للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار بمراعاة توحيد أسس المقارنة بين العروض من جميع النواحي الفنية والمالية.

وترفع لجنة الممارسة محضر بتوصياتها موقعاً من جميع أعضائها ومن رئيسها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه.

ويخضع التعاقد بطريق الممارسة العامة للشروط والأحكام والإجراءات الخاصة بالمناقصة العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص باللائحة التنفيذية.

- الممارسة المحدودة:

الممارسة المحدودة طريق استثنائي للتعاقد، فلا يجوز اللجوء إليه إلا في الحالات التي نص عليها القانون وبقرار مسبب من السلطة المختصة.

وطبقاً للمدة ٥ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ يكون التعاقد بطريق الممارسة المحدودة في الحالات الآتية:

- الأشياء التي لا تصنع أو تستورد أو لا توجد إلا لدي جهات أو أشخاص بذواتهم.
- الأشياء التي تقتضي طبيعتها أو لغرض من الحصول عليه أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها.
- الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيين أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم.

- التعاقدات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي أن تتم بطريقة سرية.

يكون التعاقد بطريق الممارسة المحدودة في الحالات السابق ذكرها بقرار مسبب من السلطة المختصة، على أن تتولى إجراء الممارسة لجنة تسمي لجنة الممارسة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد، ويجب أن يشترك في عضويتها مندوب من وزارة المالية وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة.

لا يتم الإعلان عن الممارسة المحدودة، ولكن تتم الدعوة لتقديم العروض في الممارسة المحدودة بخطاب موصى عليه يتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها في حالة الإعلان عن المناقصة العامة مع تحديد أول اجتماع للجنة الممارسة على ألا تقل المدة المحددة لتقديم العروض عن خمسة عشر يوماً من تاريخ إرسال الدعوات. ويجوز في حالة الاستعجال وبموافقة السلطة المختصة إرسال الدعوات مع مخصوص قبل الموعد المحدد بخمسة أيام على الأقل وتسلم بموجب إيصال مؤرخ.

ويجب توجيه الدعوة إلى أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة.

تباشر اللجنة إجراءاتها على النحو المقرر بشأن إجراءات الممارسة العامة السابق ذكرها.

وتقضى المادة ٤٩ من اللائحة التنفيذية بأن الممارسة المحدودة تخضع

لكافة الشروط العامة للمناقصات العامة فيما لم يرد فيه نص خاص باللائحة التنفيذية.

الاتفاق المباشر:

يعتبر الاتفاق المباشر طريق استثنائي للتعاقد، بموجبه تتوجه الإدارة مباشرة إلى من ترغب التعاقد معه، وتختاره بحريتها الكاملة دون إتباع أي إجراءات مسبقة.

يخضع الاتفاق المباشر للشروط والضوابط الآتية:

- لا يجوز اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر إلا في حالة الاستعجال، أي في حالة عدم إمكانية إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة بجميع أنواعها.
- يجب صدور ترخيص مسبق من السلطة المختصة قبل اللجوء إلى الاتفاق المباشر.
- يجب ألا تزيد قيمة الاتفاق عن الحدود المنصوص عليها في المواد ٧و ٣١ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
- لا يجوز تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة في ذات السنة المالية بالنسبة لذات العملية موضوع التعاقد إلا في الحالات التي لا يجاوز فيها مجموع قيمة ما يتم تكراره من تعاقدات عن ذات

العملية الحد الأقصى المقرر قانوناً (المادة ٥١ من اللائحة). ويجب اعتماد نتيجة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر من السلطة المختصة.

رغم أن المشرع فرض طرق معينة الزم الإدارة باتباعها عند اللجوء للتعاقد، إلا أن هذه الطرق لا تنفي السلطة التقديرية أو الحرية التي تتمتع بها جهة الإدارة في اتمام ابرام عقودها أو عدم اتمام عملية التعاقد لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة التي تقضى في بعض الأحيان بعدم التعاقد والغاء العلمية لاعتبارات المصلحة العامة.

كما أن تحديد طرق معينة للتعاقد كالمناقصة والممارسة لا يمنع الإدارة من اللجوء للاعتبار الشخصي عندما ترغب في ابرام عقد من عقود الالتزام الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزام المرافق العامة، كما يمكن لها اللجوء لطرق التعاقد المنصوص عليها قانونا أو عدم اللجوء اليها عندما ترغب الإدارة في ابرام عقد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية والمعروفة بعقود البوت.

ثانيا: الضوابط السابقة علي التعاقد:

ترد علي حرية التعاقد في مجال العقود الإدارية العديد من القيود التي تلزم الجهة الإدارية باستيفائها قبل اتمام عملية التعاقد، وإن كان عدم استيفاء بعضها لا يترتب في حد ذاته البطلان، مما يدل على أن لجهة الإدارة قدر من الحرية والسلطة التقديدرية في مجال التعاقد.

فمن ضمن القيود الواردة علي حرية الإدارة في التعاقد توافر الاعتماد المالي[1]، فإذا أبرمت جهة الإدارة عقدًا يتضمن شراء منقولات أو عقارات أو توريد أجهزة أو معدات أو إنشاء وتشييد أشغال عامة، فإن ذلك يترتب عليه إخراج جزء من ميزانية الدولة يتمثل في المقابل الذي تدفعه جهة الإدارة للمتعاقد معها. لذلك لابد من توافر الاعتماد المالي حتى يتم تغطية عملية التعاقد، حتى تستطيع جهة الإدارة الوفاء بالتزاماتها التعاقدية[2]. وتوافر الاعتماد المالي يعنى إدراجه في الميزانية العامة التي يصدر بها تشريع من مجلس الشعب. فأي عقد يرتب التزامات مالية على عاتق الدولة يتطلب ضرورة توافر الاعتماد المالي قبل إبرام العقد.

ومن المسلم به في الوقت الحالي أن علم المالية العامة مستقل عن القانون الإداري، ويترتب على استقلال القانون المالي عن القانون الإداري النتائج الهامة الآتية:

النتيجة الأولي: عدم حصول جهة الإدارة على الاعتماد المالي لا يترتب عليه بطلان العقد:

---

(١) د/ مصطفي كامل محمد علي، الشروط والإجراءات السابقة علي عمل السلطة المتعاقدة وآثارها علي عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٥٥ وما بعدها.

(2) A. De LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, T. I, 1983, n° 409, p. 744.

إذا أبرمت جهة الإدارة عقدًا إداريًا دون أن توفر الاعتماد المالي اللازم له، فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري على أن مخالفة جهة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب عليها بطلان العقد، بل يظل العقد صحيحًا ومنتجًا لآثاره متى توافرت أركانه الأخرى[1]. وذلك حماية للمتعاقد مع الإدارة الذي لا يعلم بمسألة الاعتماد المالي لأنها من الأمور الدقيقة التي يتعذر عليه معرفتها، حتى لا يعزف الجميع عن التعاقد مع جهة الإدارة خوفًا من بطلان تصرفاتها لعدم توافر الاعتماد المالي ومن ثم الإضرار بالمصلحة العامة المتمثلة في استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ١١ فبراير ١٩٥٦ إلى صحة التصرفات العقدية رغم عدم توافر الاعتماد المالي أو حتى لو تجاوزت جهة الإدارة الحدود اللازمة للاعتماد المالي، فجزاء هذه المخالفة المالية لا يرتب أي آثار على العقد الإداري، حيث قضت بأن " يجب التمييز بين العقود الإدارية التي تعقدها الإدارة مع الغير وبين علاقة الموظف بالحكومة، فالرابطة في الحالة الأولى هي رابطة عقدية تنشأ بتوافق إرادتين وتولد مراكز قانونية فردية وذاتية مصدرها العقد، وفي الحالة الثانية هي علاقة تنظيمية عامة مصدرها القوانين واللوائح.

---

(1) C. E. 28 mars 1924, Jaurau, D. 1924, 3, p. 29.

ولا ريب في أن لهذا الاختلاف في طبيعة الروابط القانونية أثره في نفاذ أو عدم نفاذ التصرف إذا استلزم الأمر اعتماد المال اللازم من البرلمان، فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير- كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلاً - ينعقد صحيحًا وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال، أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد، أو خالفت الغرض المقصود منه، أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات- لو وجدت من جانب الإدارة- لا تمس صحة العقد ولا نفاذه. وعلة ذلك ظاهرة، وهي أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية، وليست تنظيمية عامة، ويجب من ناحية حماية هذا الغير، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدمًا ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود هذا الغرض، كل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها. ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنًا بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة، ولتعطل سير المرافق العامة.

رغم الخطأ الذي ارتكبته جهة الإدارة في حالة عدم توافر الاعتماد المالي إلا أن المتعاقد معها لا يستطيع أن يلزمها بتنفيذ التزاماتها إلا إذا توافر

الاعتماد المالي بالطرق المقررة قانوناً. فإذا لم يتوافر الاعتماد المالي يكــون من حق المتعاقد الرجوع على جهة الإدارة بالتعويض إذا كان له مقتضى.

النتيجة الثانية: إذا توافر الاعتماد المالي فإن جهة الإدارة لا تكــون ملزمـــة بالتعاقد:

إذا توافر الاعتماد المالي كشرط سابق على التعاقد فإن جهة الإدارة رغم توافر الاعتماد المالي لا تكون ملزمة بالتعاقد، فيكون لها العدول عن عمليـــة التعاقد إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك، فتوافر الاعتماد المالي هـــو مجرد إذن غير ملزم بالصرف(1).

ولقد أكدت علي هذا المعنى اللائحة التنفيذية للقـــانون رقـــم ٨٩ لـــسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات في المادة ١٣٣، حيث نصت على أنـــه "يحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية...".

كما يرد علي حرية الإدارة في التعاقد قيدا آخر يتعلق بالحصول علـــي إذن أو تصريح بالتعاقد(٢). فقد يتطلب المشرع بالنسبة لبعض العقود الإدارية الهامة ضرورة حصول جهة الإدارة على إذن أو تصريح بالتعاقد من جهـــة

---

(1) C. E. 13 nov. 1953, Chambre syndicale des industries et du commerce des armes, Rec. p. 487 ; D. 1954, J., p. 553, note p. Reuter.

(٢) د/ مصطفى كامل محمد علي، المرجع السابق، ص٣٠٣ وما بعدها.

يحددها، بحيث لا تستطيع جهة الإدارة إبرام العقد بدون الحصول على هذا الإذن أو التصريح بالتعاقد[1]، وذلك بالنسبة للعقود التي تتصل بالمصلحة العليا للبلاد، أو تمس الأمن القومي، أو تترتب عليها التزامات مالية تستمر مدة طويلة من الزمن.

فقد يأخذ الإذن بالتعاقد صورة قانون صادر من البرلمان، وتعتبر أقوى صور الإذن على الإطلاق، ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة ١٢١ من الدستور المصري الملغي الصادر في ١١ سبتمبر عام ١٩٧١ بأنه "لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب".

وتأكيدا لهذا المبدأ السابق فقد نصت المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات على ضرورة حصول الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد على الموافقات والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقًا للقوانين والقرارات التي تقضى بذلك.

فإذا لم تحصل جهة الإدارة على إذن بالتعاقد من مجلس الشعب في حالة

---

(١) د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص٣٤١؛ د. منصور محمد أحمد، العقود الإدارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٣٥٧.

اشتراط المشرع ذلك صراحة، فيكون العقد المبرم بدون هذا الإذن -طبقا لما انتهي إليه بعض الفقه- عقدًا معلقًا علي شرط واقف، فهو عقد غيــر نهــائي لا يرتب آثاره إلا بالتصديق عليه من جانب مجلس الشعب في صورة قانون يسمح بالتعاقد، وبالتالي يصبح للمتعاقد حق محتمل مع الإدارة في التعــويض في حالة عدم الحصول علي موافقة البرلمان أو رفض البرلمان له، ويكــون أساس ذلك إما خطأ الإدارة أو استنادًا لنظرية الإسراء بلا سبب(١).

إذا كان المشرع قد اشترط ضرورة الحصول على إذن بالتعاقد في بعض العقود الإدارية الهامة إلا أن جهة الإدارة ليست ملزمة بإبرام العقد، فيكون لها الحق في إبرام التعاقد أو عدم إبرامه لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، كما هو الشأن في الحصول على الاعتماد المالي.

وتأكيدا لهذا المبدأ فقد أفتى قسما الرأي مجتمعا في ٢٥ يناير ١٩٥٣ بأنه إذا كان القانون الصادر من البرلمــان متــضمنًا الإذن للــوزير المخــتص بالترخيص، بالبحث عن الموارد الطبيعية لمن يطلب التــرخيص وإن كــان الحصول على هذا الإذن شرطًا لإبرام العقد إلا أنــه غيــر ملــزم للــسلطة المختصة بالمنح، فيبقى لهذه السلطة دائمًا أن ترخص في تقدير ملاءمة مــنح الترخيص من عدمه بمالها من حق الإشراف والرقابة على حــق اســتغلال

---

(١) د/ زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رســالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨١، ص٣٠٠.

موارد الثورة الطبيعية في البلاد"[1].

كما قضت محكمة القضاء الإداري بأن القوانين الصادرة من السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية بالتصريح بالتعاقد، تُعد من قبيل الإجراءات التمهيدية التي يجوز للطرفين العدول عن السير فيها للنهاية دون أن يترتب علي ذلك أية مسئولية تعاقدية[2].

ويمكن أن يتخذ الإذن بالتعاقد صورة صدور قرار إداري:

كما هو الشأن في حالة صدور قرار من مجلس الوزراء، حيث نصت المادة ٢/١٤ من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل، علي أنه "مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الخاصة بتمليك الأجانب للعقارات يجوز للمجلس بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء التصرف بالمجان أو التأجير الاسمي أو بإيجار أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية في حدود خمسين ألف جنيه في السنة المالية الواحدة لغرض ذي نفع عام. ويجب موافقة مجلس الوزراء فيما يجاوز ذلك".

وقد يصدر الإذن في صورة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح

---

(١) فتوى مجلس الدولة، ٢٥ يناير ١٩٥٣، مجموعة أبو شادي، ص٩٦.

(٢) محكمة القضاء الإداري، ١٩٦١/١٢/٣١، قضية رقم ٢٧٩ لسنة ١٢ ق، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمس سنوات من أول أكتوبر ١٩٦١ حتى آخر سبتمبر ١٩٦٦، قاعدة رقم ١٢، ص٢٠.

الوزير المختص. كما هو الحال في العقود المنظمة لمنح إنشاء واستغلال وإدارة الموانى والمطارات والطرق العامة والكهرباء وهى ما يطلق عليها في مصر عقود الـ BOT حيث اشترط المشرع ضرورة أن يصدر قرار من مجلس الوزراء بمنح هذه العقود إلى المستثمر الأجنبي أو الوطني بناء على اقتراح الوزير المختص.

وقد يصدر الإذن بالتعاقد في صورة قرار يصدر من الوزير المختص من ذلك المادة ٥٠ من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ حيث نصت على أنه "لا يجوز للمجلس الشعبي المحلى للمدينة التصرف بالمجان أو التأجير بإيجار اسمي أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية إلا لغرض ذي نفع عام وبموافقة الوزير المختص بالإدارة المحلية إذا كان ذلك في حدود عشرين ألف جنيه في السنة المالية الواحدة".

ومن ضمن القيود الواردة علي حرية الإدارة في التعاقد ضرورة حصولها علي استشارة بعض الجهات قبل إبرام العقد الإداري[1]. فقد يفرض المشرع على جهة الإدارة استشارة جهة معينة قبل إبرام العقد، وقد يكون الهدف من استشارة هذه الجهة مراعاة اعتبارات فنية أو مالية أو قانونية.

---

(١) د/ مصطفى كامل محمد علي، المرجع السابق، ص٥٢١ وما بعدها.

والاستشارات السابقة على التعاقد قد تكون ملزمة، ففي هذه الحالة لا يجوز لجهة الإدارة إبرام العقد قبل الحصول على الاستشارة الملزمة قانونًا، وقد تكون الاستشارة غير ملزمة، وهذا هو الأصل في كل حالة لا ينص فيها المشرع على غير ذلك.

ومن أهم الأمثلة التي يطلب فيها المشرع المصري أخذ الرأي قبل إبرام العقد الإداري ما نصت عليه المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، حيث نصت على أنه لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة، حيث أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بضرورة عرض مشروعات العقود التي تبرمها الجهة الإدارية علي مجلس الدولة لمراجعتها[1].

كما تقضي المادة ١٣٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ علي أن إدارة مراجعة العقود بمجلس الدولة هي التي توافق بداءة علي الاشتراطات العامة أو الخاصة بالعقود، ومن ثم

---

(١) فتوى رقم ٧٣٩ في ١٩٧٣/١١/٣ جلسة ١٩٧٥/١٠/٥ ٣٢ /٩/٤؛ فتوى رقم ٤٥٧ في ١٩٨٦/٦/٣ جلسة ١٩٨٦/٣/١٩، ٣٩ و٤٠ /٧١١/٢٧١؛ فتوى رقم ٤٩١ في ١٩٩٤/٧/١٦ جلسة ١٩٩٤/٧/٦، ٤٨.

لا يجوز للجهة الإدارية إضافة أو حذف أو تعديل أي من هذه الشروط إلا بعد موافقة إدارة مراجعة العقود بمجلس الدولة.

وتقضي المادة ٥٨٨ من اللائحة المالية للميزانية والحسابات بأن أعمال الإنشاءات، أو توسيع وتقوية، أو حفظ وتعديل، أو ترميم المباني الحكومية التي تقوم بها مديرية الإسكان بالخصم علي ميزانيتها ولا يدرج شيء من هذا القبيل في ميزانيات المصالح صاحبة الشأن إلا المصالح المستثناة من هذا الحكم بترخيص من وزارة المالية، ولا يجوز للمصالح أن تجري أي عمل من الأعمال المتقدمة في المباني الحكومية إلا بواسطة مديرية الإسكان، وبعد الرجوع إليها، وبالتالي يقع التزام علي عاتق القائمين علي أمر المصالح الحكومية المحددة سلفا بإخطار الإدارات الهندسية المختصة بما تزمع إقامته من مبان أو منشآت، حتى تقوم بمباشرة مسئوليتها بشأنها.

تطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "أعمال الإنشاءات أو توسيع أو تقوية أو حفظ أو تعديل أو ترميم المباني الحكومية تقوم بها مديرية الإسكان بالخصم على ميزانيتها – لا تدرج التكاليف في ميزانيات المصالح صاحبة الشأن – يستثنى من ذلك المصالح التي يحددها وزير الخزانة– لا يجوز للمصالح الحكومية إجراء أي عمل من الأعمال المتقدمة إلا بواسطة مديرية الإسكان"(١).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، ١٦ نوفمبر ١٩٨٥، طعن رقم ١٦١٩ لسنة ٢٨ ق.

ومن الاستشارات السابقة علي التعاقد قرار رئيس الجمهورية رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٢ بشأن استخدام الأجهزة الحكومية والقطاع العام للحاسبات الالكترونية الذي أجاز استشارة الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء بدءًا من مرحلة دراسة الجدوى، والاستخدام للحاسبات الإلكترونية إلي مرحلة التعاقد، ثم عرض النتيجة علي الوزير المختص ليقرر ما يراه.

وبناءً علي ما سبق ذكره لا تملك جهة الإدارة حرية واسعة، كما هو الشأن في القانون المدني(١)، في ابرام عقودها حيث تخضع لعدة قيود سابقة علي التعاقد تتعلق بتوافر الاعتماد المالي والحصول علي إذن بالتعاقد والحصول علي الاستشارات السابقة(٢). حيث أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأنه، ومن أن "مفاد أحكام قانون المناقصات والمزايدات أن القانون أخضع جميع الجهات الحكومية للضوابط والمواد والإجراءات والنظم التي تضمنتها أحكام هذا القانون، صونًا وتغليبًا للمصلحة العامة للدولة، ومن مختلف النواحي القانونية والاقتصادية والمالية، وضبطًا

---

(1) LEVENEUR (L.), " La liberté contractuelle en droit prive : les notions des base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...", op. cit, p. 676 et s.; le même auteur, "Le contrat: liberté contractuelle et sécurité juridique, n° spéc., LPA, 6 mai 1998, n° 54.

(٢) د/ منصور محمد أحمد، العقود الإدارية، الجزء الأول، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ، ص٢٦٩ وما بعدها.

لقيادة وتسيير المرافق العامة، ولم يجز الخروج على هذه الأحكام إلا باستثناء منه، لما عساه يوجد من اعتبارات تبرر إفراد الجهات بجانب من الاستثناءات، ومؤدى ذلك أن أحكام هذا القانون تعتبر القاعدة العامة الواجبة الإتباع، والنصوص الآمرة الواردة به يتعين الالتزام بها، ما لم يوجد نص صريح يبين الحكم الخاص المراد إتباعه على خلاف هذه القواعد الآمرة"[1].

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للإدارة في تحديد مضمون وشكل التعاقد

من حيث المبدأ العام، نجد أن أي تصرف إداري يحد من حرية التعاقد يكون غير مشروع إذا لم يتم النص عليه قانونا أو تجاوز حدود الاختصاص المنصوص عليها قانوناً. فيمكن تقييد حرية الإدارة في التعاقد إذا وُجد نص قانوني يسمح بذلك أو يفوض الجهة الإدارية في ذلك، أو كان الهدف من ذلك التقييد هو حماية النظام العام والمصلحة العامة.

ففي الفرض الأول، نجد أن هناك بعض النصوص التشريعية أجازت

---

(١) فتوى رقم ٥١٣ في ١٩٨٤/٦/٢، جلسة ١٩٨٤/٣/٢١، ٣٧، ٥٣١/٢١٤/٣٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر ١٩٥٥ حتى أخر سبتمبر ١٩٩٥، ص١٦٧.

للسلطة اللائحية تقييد حرية الإدارة في التعاقد من خلال فرض نموذج معـين من العقود تلتزم الجهة الإدارية باللجوء اليها في تعاقدات معينة. نذكر منهـا علي سبيل المثال لا الحصر ما عرض على مجلس الدولة الفرنسي بخصوص نص المادة الرابعة من القانون رقم ٧٩- ٤٧٥ الصادر في ١٩ يونيو ١٩٧٩ والخاص بوسائل النقل العام المحلية، حيث قضت هذه المادة بأن خدمات النقل العام المحلية لا تتم إلا من خلال اتفاق يبرم بين الجهـة الإداريـة المنظمـة والمتعاقد ويلحق به كراسة شروط، على أن يصدر قرار من مجلس الدولـة يحدد الأنواع المتعلقة بالعقود والشروط المالية والإدارية الواجب تضمينها في العقد(١).

يتضح لنا من ذلك أن المشرع منح الجهة الإدارية، بنـاءً علـى قـرار يصدر من مجلس الدولة، سلطة تحديد النماذج المختلفة من العقود التي تبـرم بينها وبين المتعاقد في مجال تقديم خدمات النقل العام المحلية هذا من جانب، ومن جانب آخر فرض بعض الشروط المالية والإدارية في العقود التي تبرم في هذا الشأن.

وتطبيقا لذلك صدر قرار في ٢٩ أكتوبر ١٩٨٠ جاء فيه تحديد للأنواع المختلفة لنماذج العقود الواجب الالتزام بها والشروط الواجب توافرها في هذه

(1) Loi n° 79-475 du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local, J.O. du 20 juin 1979, p. 1454.

العقود والتي تتعلق بالشروط المالية والإدارية مثـل مـدة العقـد وتمديـده وتعديله[1].

ولكـن شـركة L'union des transports publics urbains et régionaux لجأت لمجلس الدولة طالبة إلغاء القرار الصادر في ٢٩ أكتوبر ١٩٨٠ والخاص بطرق استغلال خدمات النقل العام المحلية لما فيه من اعتداء على حرية التعاقد وفرض شروط مسبقة على المتعاقدين، بما يخـالف نـص المواد ٣٤ و٧٢ من الدستور الفرنسي. ولكن مجلس الدولة أصدر حكمه فـي ٢ فبراير ١٩٨٣ قضى فيه بأن القرار الصادر في ٢٩ أكتوبر ١٩٨٠ الخاص بتحديد نماذج للعقود وتحديد لبعض الشروط الواجب توافرها فيها لا يقيد من حرية تعاقد الجماعات المحلية ولا يمثل اعتداء على حرية التعاقـد، كمـا لا يمثل خروجا على الحدود التي منحها المشرع للحكومة في مجـال اسـتغلال خدمات النقل العام المحلية[2].

وأحيانا يتدخل المشرع وينظم بعض الشروط الواجب توافرها في العقد، نذكر منها علي سبيل المثال شرط المدة حيث نجد أن المشرع المصري فـي قانون التزام المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ نص علي أن مدة العقـد

(1) Décret n° 80-151 du 19 octobre 1980, J.O. du 31 octobre 1980, p. 2540.

(2) C.E., 2 février 1983, L'union des transports publics urbains et régionaux, Req. n° 34027.

لا تتجاوز ٣٠ سنة، بينما وصلت مدة العقد في عقود البناء والانشاء ونقل المكلية والمعروفة بعقود البوت الي ٩٩ سنة، مع اتاحة الفرصة لتمديد العقد لمدد أخرى.

وفي فرنسا، صدر حكم المجلس الدستوري في ٢٠ يناير ١٩٩٣[1] نتيجة تقديم ستين عضوا من مجلس الشيوخ استنادًا للمادة ٦١ من الدستور بالطعن علي مشروع القانون الخاص بالوقاية من الرشوة والوضوح في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة لعدم مطابقة بعض مواد المشروع للدستور الفرنسي.

ولكن المجلس الدستوري قضى بأن الحرية المهنية لم تكن عامة ولا مطلقة، ويجوز للمشرع التدخل لوضع قيود على ممارسة الحرية المهنية لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة. ومن ثم تدخل المشرع بتحديد مدة العقد بمقتضى المادة ٤٠ من مشروع القانون المعروض لا تتضمن اعتداء على

(1) Cons. Constitut., n° 92-318 DC, du 20 janvier 1993, Rec., p. 14; C.E., 8 avril 2009, COMPAGNIE GENERALE DES EAUX, Req. N° 271737; LAURANS (Y.) 'La caducité des contrats administratifs', RFDA, 2011, P. 495; GEFFRAY (E.), "L'application aux contrats en cours de dispositions nouvelles sur la durée des contrats", concl. sur C.E., 8 avril 2009, COMPAGNIE GENERALE DES EAUX, Req. N° 271737, RFDA 2009, p. 449; LAURANS (Y.) 'La caducité des contrats administratifs', RFDA, 2011, P. 495.

الحرية المهنية[1]. أما بخصوص المادة ٧٢ من الدستور الخاصة بحرية إدارة الجماعات المحلية من خلال مجلس منتخب، نجد أن المادة ٣٤ من الدستور تقضي بأن المشرع يحدد المبادئ الأساسية لحرية إدارة الجماعات المحلية واختصاصاتها ومصادرها[2].

وفي ضوء ذلك قضى المجلس الدستوري بأنه يجوز للمشرع من أجل تحقيق أهداف الوضوح والمنافسة التي يسعى إليها، أن يحظر إبرام عقد تفويض مرفق عام لمدة غير محددة، كما له الحق في تحديد مدة العقد في ضوء طبيعة وقيمة الاستثمارات التي يقوم بتنفيذها المفوض إليه[3].

---

(1) Le Conseil constitutionnel juge que "considérant d'une part que la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue; que le législateur peut y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée; que les limitations prévues par l'article 40 de la loi aux conditions dans lesquelles peuvent être conclues les délégations de service public ne portent pas à la liberté d'entreprendre une atteinte telle qu'elle en dénaturerait la portée".

(2) Le Conseil constitutionnel juge que "considérant d'autre part que si, en vertu de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales "s'administrent librement par des conseils élus", chacune d'elles le fait "dans les conditions prévues par la loi" ; qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution "la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources".

(3) Le Conseil constitutionnel juge que "considérant qu'il est loisible

ونجد في بعض الأحيان أن المشرع منحة الجهة الإدارية سلطة التـدخل في تحديد الشروط المالية في التعاقد، حيث صدر حكم لمجلس الدولة الفرنسي يتعلق بأن المرسوم الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٤٥[1] الخاص بتحديـد الـثمن أعطى لوزير الصناعة سلطة التدخل لتحديد طرق تطبيق القواعـد الخاصـة بالإعلان عن السعر للرحلات والإقامة. وتطبيقا لذلك أصدر وزير الـصناعة المختص قراره في ٤ مايو ١٩٨١ فيما يتعلق بالإعلان عن أسعار الرحلات والإقامة ومدى إمكانية تعديل السعر في ضوء ارتفاع أسعار الوقود.

وفي ضوء القرار الوزاري الصادر في ٤ مايو ١٩٨١ تقدمت جمعيـة عمالية لحماية المستهلكين بالطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد قـرار وزيـر الصناعة سالف الذكر الخاص بالإعلان عن سعر الرحلات والإقامة لمخالفته للمادة ٣٤ والمادة ٧٢ من الدستور واعتدائـه علـى مبـدأ حريـة التعاقـد للأشخاص المعنوية العامة.

---

au législateur, pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il s'assigne, de proscrire la conclusion de contrats de délégation de service public à durée indéterminée et d'indiquer que la durée des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements à réaliser par le délégataire".

راجع دراسة تفصيلية لهذا الحكم في الفصل الثاني من البحث تحـت عنـوان دور القضاء الدستوري في ارساء مبدأ حرية التعاقد.

(1) Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, J.O. du 8 juillet 1945, p. 4150.

وفي جلسة ٧ فبراير ١٩٨٦ أصدر مجلس الدولة حكمه بأن القرار الوزاري الصادر في ٤ مايو ١٩٨١ الخاص بتحديد سعر الرحلات والإقامة ومدى إمكانية تعديل هذه الأسعار في حالة تغيير أسعار الوقود لا يتضمن اعتداء على مبدأ حرية التعاقد، وهذا القرار ما هو إلا تطبيق للمرسوم الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٤٥[1].

وفي قضية أخرى لمجلس الدولة الفرنسي تتعلق بنص المادة ١٦٢-٣٨ من تقنين الضمان الاجتماعي التي تقضي بأن لوزراء الصناعة والصحة والتضامن الاجتماعي الحق في التدخل، كيفما يتراءى لهما، لتحديد ثمن الأدوية. وصدر قرار وزاري في هذا الشأن في ٧ سبتمبر ١٩٩٨، ولكن تم الطعن عليه أمام مجلس الدولة على أساس أن منح الحكومة سلطة التدخل لتحديد أسعار الدواء يعتبر اعتداء على مبدأ حرية التعاقد الذي تضمنته المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩، والذي تمت الإشارة إليه في مقدمة دستور فرنسا عام ١٩٥٨.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي أصدر حكمه في ٢٨ يوليو ٢٠٠٠ بأن القرار الوزاري الصادر في ٧ سبتمبر ١٩٩٨ استنادًا للمادة ١٦٢-٣٨ من تقنين التضامن الاجتماعي لم يتضمن اعتداء جسيما على حرية التعاقد، ولم

(1) C.E., 7 février 1986, Association F.O. consommateurs, Req. n° 35331-35423-35441.

تكن ثمة مخالفة للمادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩، والمشار إليه في مقدمه دستور فرنسا الحالي ١٩٥٨[١].

وفي بعض الأحيان نجد أن الجهة الإدارية يحظر عليها النص في عقودها علي بعض الشروط مثل شرط التحكيم حيث يحظر علي الأشخاص العامة اللجوء للتحكيم في عقودها الإدارية ما لم يوجد نص في قانون أو اتفاق دولي يجيز ذلك.

إذا لم يوجد نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز اللجوء إلى التحكيم، فإن الأشخاص المعنوية العامة لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في عقودها الإدارية.

في حقيقة الأمر، هذا المبدأ يجد أساسه التشريعي في المادتين ٨٣ و١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم الصادر عام ١٨٠٦م والمادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في ٥ يوليو عام ١٩٧٢م المعدل في ٩ يوليو عام ١٩٧٥م.

حيث تقضي المادة ١٠٠٤ بأنه لا يجوز إبرام اتفاقات التحكيم في المنازعات التي يشترط فيها القانون تبليغها إلى النيابة العامة وتستلزم حضورها فيها. أما المادة ٨٣ فقد ذكرت هذه المنازعات ومن بينها

(1) C.E., 28 juillet 2000, Laboratoire Paucourt et Glaxo-Wellcom, Req. n° 208103.

المنازعات التي تتعلق بالنظام العام والمنازعات التي يكـون أحـد أطرافهـا الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة. ونتيجة لإلغاء هذه المواد، فقد صدر القانون المدني الفرنسي الجديد وتتـضمن مـادتين وهمـا ٢٠٦٠ و ٢٠٦١.

أما المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الجديد، فإنها قد ذكرت الحالات التي لا يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم، والتي من بينها المنازعـات التـي تكـون الجماعات العامة والمؤسسات العامة طرفا فيها، حيث نـصت فـي فقرتهـا الأولى علي أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأن مـسائل الحالـة وأهليـة الأشخاص، أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق وبالانفصال الجسدي، أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات العامة والمؤسسات العامة، وعموما في جميع المسائل التي تتعلق بالنظام العام[١].

كما تقضي المادة ٢٠٦١ من القانون المدني الجديد ببطلان شرط التحكيم طالما لم يوجد نص قانوني يجيزه[٢].ولقد اعتبر القضاء أن هذا البطلان مـن

(1) L'article 2060 du Code civil français dispose que «on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public»

(2) Aux termes de l'article 2061 du code civil «la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la

النظام العام[1] وذلك في حالة وجود شرط التحكيم[2] أو مشارطة التحكيم[3].

وهذا الحظر التشريعي أيده الفقه والقضاء الإداري الفرنسي[4]، حيث ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن الأشخاص المعنوية العامة ليس لها الحق في اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن عقودها الإدارية، وذلك استنادا إلى وجود قضاء وطني مختص بنظر هذه المنازعات، وهو

---

loi».

(1) C.E., 19 mai 1893, Ville d'Aix-les-Bains, Rec., p. 442 ; C.E., avis, 6 mars 1986, Section des travaux publics n° 339710, GACE, 2e éd., Dalloz, 2002, n° 15, p. 175 ; dans le même sens, E. GUILLAUME, concl. sur C.E., Sect., 3 mars 1989, Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes, Rec., p. 69.

(2) C.E., 22 janvier 1904, Ducastin, Rec., p. 45.

(3) C.E., 17 juillet 1946, ministre des Travaux publics, Rec., p. 473.

(4) G. Teboul, Arbitrage international et personnes morales de droit public : brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif , A.J.D.A. 1997, p. 25 ; Ch. Jarrosson, L' arbitrage en droit public, A.J.D.A. 1997, p. 16 ; L. Richer, Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif , A.J.D.A. 1997, p. 3. V. aussi A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J. 1984, T. 2, nos 1701 et s. ; R. Drago, Les établissements publics et la transaction, in Gouverner, administrer, juger, Mélanges Jean Waline, Dalloz 2002, p. 185 ; A. Lyon-Caen, Sur la transaction en droit administratif , A.J.D.A. 1997, p. 48 ; F. Munoz, Pour une logique de la conciliation, A.J.D.A. 1997, p. 41 ; M. Guillaume-Hofnung, La médiation, A.J.D.A. 1997, p. 30.

قضاء مجلس الدولة، حيث إنه من غير المنطقي أن تقوم الأشخاص المعنوية العامة بمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات الإدارية في حين أن المحاكم العادية لا يجوز لها نظر هذه المنازعات، كما أن القضاء الإداري يسعى لتحقيق ضمانات للجهات الإدارية لا تتوافر أمام أي جهة أخرى، كما أن إساءة اختيار المحكمين يمكن أن تؤدي إلى الإضرار بالمصالح العامة للأشخاص المعنوية العامة[١].

ونفس الاتجاه أيده جانب من مفوضي الدولة، حيث أكدوا على أنه إذا أبرم عقد إداري بين أحد أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص أو العام، فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الناشئ عن هذا العقد، وإنما يجب اللجوء إلى القاضي الإداري المختص قانونا بنظر النزاع[٢].

---

(1) E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1er éd., t. II, Paris, 1888, p.145 ; 2e éd., t. II, Paris, 1896, p. 152 ; L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 3e éd., LGDJ, Paris, 2002, p. 294.voir aussi, Julien ANTOINE, L' arbitrage en droit administratif, L. P. A., 6 août 2003 n° 156, P. 4; J.-M. Auby, Les recours administratifs préalables, A.J.D.A. 1997, p. 10 et s.; J.-M. Auby, L' arbitrage en matière administrative, A.J.D.A. 1955, p. 85.

(2) ROMIEU, concl. sur C.E.17 mars 1893, Société des chemins de fer du Nord de l'Est et autres, S. 1894, III, p. 119 ; GAZIER, concl. sur C.E., Ass., 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, JCP 1958, II, n° 10800.

كما أيد موقف الفقه العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي تؤكد دائما على حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة – كمبدأ عام– إلى التحكيم في عقودها الإدارية. وأصدر مجلس الدولة العديد من الأحكام التي تؤكد هذه الوجهة من النظر، سواء في القرن التاسع عشر[١] أم في القرن العشرين[٢].

وفي ٦ مارس عام ١٩٨٦م صدرت فتوى عن مجلس الدولة الفرنسي تؤكد على مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقودها الإدارية طالما لم يوجد نص قانوني أو تفاق دولي يجيز ذلك. واعتبر مجلس الدولة أن مبدأ الحظر من المبادئ العامة في القانون ويترتب على مخالفته بطلان شرط أو مشارطة التحكيم بطلانا مطلقا لتعلق هذا الحظر بالنظام العام[٣].

---

(1) Par exemple, C.E., 19 février 1823, Héritiers Guérard c. Le Trésor, Rec., p. 103 ; C.E., 17 novembre 1824, Ouvrard c. Ministre de la Guerre, Rec., p. 631 ; C.E., 13 juillet 1825, Lesage c. Ville de Besançon, Rec., p. 410.

(2) Par exemple, C.E., 8 juillet 1959, Secrétaire d'Etat aux Forces armées c. Sieur Houseaux, Rec., p. 438 ; C.E., 8 mars 1961, Société Air-Couzinet Transocéanic, Rec., p. 162 ; C.E., Sect., 20 mai 1966, Sieur Meunier, Rec., p. 343 ; voir, G. MATTEI-DAWANCE, « L'arbitrage en droit public », Gaz. pal. 1987 (1er sem.), p. 470.

(3) C.E., avis, 6 mars 1986, Section des travaux publics n° 339710, commentaire, D. Labetoulle, GACE, 2e éd., Dalloz, 2002, n° 15, p. 175.

حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم من المبادئ العامة للقانون التي تعد مصدرا من مصادر المشروعية التي يتعين على الجهة الإدارية الالتزام بها واحترامها. وذلك استنادا إلى مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية، حيث توجد جهة قضائية مختصة بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنها العقود الإدارية، وهذه الجهة هي مجلس الدولة، ومن ثم فالاعتداء على اختصاصها بإباحة التحكيم في العقود الإدارية يعد اعتداء على مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية[1]. ومن ناحية أخرى، نجد أن حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في المنازعات التي تكون طرفا فيها ومنها منازعات العقود الإدارية يجد سنده في فكرة النظام العام وعدم أهلية هذه الأشخاص المعنوية العامة في إبرام اتفاق التحكيم. ففيما يتعلق بفكرة النظام العام نجد أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى تمارس سلطات استثنائية، وتفرضها على المتعاقد معها لتحقيق مصالحها العليا، وهى مصالح تتعلق بحماية مصالح الدولة ولها الأفضلية عن حماية المصالح الفردية، ومن ثم يحظر اللجوء للتحكيم فيها، وذلك حماية لمصالح الدولة العليا وهى من النظام العام. أما عن عدم أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم، نجد أن المشرع نص صراحة على حظر لجوئها للتحكيم مما يعني عدم توافر

---

(1) A. PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, Th. Paris II, LGDJ, 1997, p. 27.

الأهلية القانونية لذلك[١].

لقد أورد المشرع الفرنسي عدة استثناءات على مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية. وهذه الاستثناءات إما أن ترجع إلى وجود نص قانوني يجيز اللجوء إلى التحكيم في بعض العقود الإدارية، وإما أن يتدخل المشرع وينص صراحة على جواز لجوء بعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلى التحكيم، وإما أن يأتي النص عليها في اتفاق دولي يجيز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي.

ومن ذلك تدخل المشرع الفرنسي وأصدر قانون في ٩ يوليو عام ١٩٧٥، ونص في المادة السابعة منه على تكملة المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الجديد بأنه يجوز اللجوء إلى التحكيم لبعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية التي يصدر بتحديدها مرسوم[٢]. وصدر هذا المرسوم موخرا في ٨ يناير عام ٢٠٠٢، وحدد المؤسسات العامة التي يجوز لها

---

(1) A. PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative,* Th. Paris II, LGDJ, 1997, p. 31 et s.

(2) L'article 2060 du Code civil a été complété par l'article 7 de la loi du 9 juillet 1975, selon lequel «toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre».

اللجوء إلى التحكيم ومن بينها شركة غاز فرنسا وشركة كهربـاء فرنـسا[١].
وصدرت عدة تشريعات خاصة تجيز لبعض المؤسسات العامة اللجـوء إلـى التحكيم في كافة المنازعات التعاقدية أو غير التعاقدية وسواء تعلـق النـزاع بعقد إداري أو بأي عقد أخر، ومن هذه المؤسسات العامة:

Société Nationale de chemins de fer[٢], La Post et France Télécom[٣].

وفي مجال البحث العلمي، صدر قانون بتاريخ ١٥ يوليو عام ١٩٨٢م الـذي أجاز تسوية المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ عقود البحث العلمي المبرمـة بين الحكومة الفرنسية والهيئات الأجنبية بواسطة التحكيم. كما صدر قانون في ١٢ يوليو عام ١٩٩٩م الذي أجاز للمؤسسات العلمية والثقافية التي تساهم في

---

(1) A. H. « De nouveaux établissements publics autorisés à compromettre », Rev. arb. 2002, n° 1, p. 249.
(2) L'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs prévoit que la Société nationale des chemins de fer «dispose de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage», en dérogation à la prohibition de l'article 2060 du Code civil.
(3) La loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 a créé deux personnes morales de droit public dénommées La Poste et France Télécom. Selon l'article 28 de la loi du 2 juillet 1990 : «La Poste et France Télécom disposent de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage».

مرفق التعليم العالي اللجوء إلى التحكيم من أجل إيجاد حل للمنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ العقود التي تبرمها هذه المؤسسات مع المؤسسات العلمية والثقافية الأجنبية.

وتطبيقا لذلك قضت محمكة التنازع الفرنسية في ١٧ مايو ٢٠١٠ بأن النزاع الناشئ بين l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) et la fondation Letten F. Saugstad وهو نزاع بين مؤسس عامة في شأن البحث العلمي والتكنولوجي (المعهد الوطني للصحة والبحث الطبي) وبين القطاع الخاص، حيث يتعلق بالطعن علي شرط التحكيم الوارد في العقد. فهل يختص بنظر الطعن القضاء الإداري أم القضاء العادي. حيث اعتبرت المحكمة أن هذا العقد ليس من العقود الإدارية التي يرد عليها حظر اللجوء للتحكيم إلا بمقتضى نص قانوني او اتفاق دولي، ومن ثم لا يختص بها القضاء الإداري، وبالتالي يختص القضاء العادي بنظر الطعن علي حكم التحكيم الصادر بشأن النزاع بين الطرفين[١].

Considérant que le protocole d'accord conclu entre

(1) T. confl. 17 mai 2010, *INSERM*, n° 3754, Lebon p. 580; AJDA 2010, p. 1047 ; D. 2010. 2633, obs. X. Delpech, note S. Lemaire ; obs. L. d'Avout et S. Bollée ; chron. Y. Gaudemet, C. Lapp et A. Steimer; RDI 2010. 551, obs. S. Braconnier; RFDA 2010. 959, concl. M. Guyomar ; Rev. crit. DIP 2010. 653, étude M. Laazouzi; RTD com. 2010. 525, obs. E. Loquin.

l'INSERM, établissement public national à caractère scientifique et technologique, et la fondation Letten F. Saugstad, association de droit privé norvégienne, dont l'objet est la construction en France d'un bâtiment destiné à abriter un institut de recherche juridiquement et institutionnellement intégré à l'INSERM et qui en prévoit le financement partiel par la fondation, met en jeu les intérêts du commerce international ; que, dès lors, le recours en annulation formé contre la sentence arbitrale rendue dans le litige opposant les parties quant à l'exécution et à la rupture de ce contrat, lequel n'entre pas au nombre de ceux relevant du régime administratif d'ordre public ci-dessus défini, relève de la compétence de la juridiction judiciaire.

وبذلك يتضح لنا موقف القضاء الإداري من الاعتراف بمشروعية تقييد حرية التعاقد طالما جاء النص علي ذلك في القانون.

أما الفرض الثاني، فيتعلق بتقييد السلطة اللائحية أو الجهة الإدارية لحرية التعاقد لاعتبارات تتعلق بحماية النظام العام. وغني عن البيان أن فكرة النظام العام فكرة نسبية فضفاضة، ذات مضمون متغير، ويصعب وضع تعريف جامع مانع لهذه الفكرة[1]. كما تعددت جوانب هذه الفكرة وتنوعت مصادرها، حيث يسهم القضاء إلى جانب التشريع في صياغتها وتحديد مضمونها إيجابا وسلبا.

---

(١) د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص٤٦.

كما أن فكرة النظام العام تتسم بالمرونة، حيث يتفاوت مضمونها ضيقًا واتساعًا من زمن لآخر في المجتمع ذاته، وذلك تبعًا للأفكار السائدة في المجتمع. فمضمون فكرة النظام العام تضيق عندما يسود المذهب الفردي في المجتمع، وتتسع عندما يسود المذهب الاشتراكي(١).

فالعلاقة بين النظام العام وحرية التعاقد تم وضع ضوابط لها في إطار أحكام القانون المدني الفرنسي والمصري، حيث لا يجوز للاتفاقات الخاصة أن تخالف القوانين المتعلقة بالنظام العام. أما في مجال القانون العام، فالأمر مختلف ليس فقط بسبب عدم وجود نص يحكم هذه العلاقة، ولكن بسبب قيام الجهة الإدارية بحماية النظام العام بمدلولاته المختلفة: الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والذوق العام.

ففي حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Labonne الصادر في ٨ أغسطس عام ١٩١٩(٢) نجد أن سلطات الضبط العام يمكن ممارستها دون التقيد بأي نص تشريعي، كما أن ممارستها غير قاصرة على السلطات اللامركزية الإدارية، كما هو الشأن في المواد ٢٢١٢-٢ و١٢١٥-١ من تقنين الجماعات المحلية.

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص٤٧.

(2) C.E., 8 août 1919, L'abonne, Rec., p. 737, GAJA, 13e éd., 2001, Dalloz, p. 224.

وفي حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩ مارس ٢٠٠١ في دعوى تتعلق بأن المشرع يختص بتحديد القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة، قضى بأن القرار المطعون فيه لم يمثل اعتداء على حرية التعاقد طالما كان هدفه حفظ النظام العام[١]، حيث يمكن للسلطة اللائحية أن تتخذ الإجراءات اللازمة لحماية النظام العام والآداب العامة، كما يمكنها أيضًا أن تفرض قيودًا على ممارسة حرية التعاقد، ليس فقط بهدف الحفاظ على النظام العام والآداب العامة، ولكن أيضًا بهدف حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد[٢].

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة في حكمه الصادر في ٢ أكتوبر ٢٠٠٢ في قضية تتلخص وقائعها بأن شركة Sarl Even Media طلبت إلغاء قرار الوزير الأول الصادر في ٦ مارس ٢٠٠١ الخاص برفض طلب هذه الشركة بإلغاء المواد من ٤٠٦-١ إلى ٤٠٦-٣ من القرار المدرج بتقنين البريد والاتصالات. كما طلبت هذه الشركة ضرورة توجيه أمر للوزير الأول بضرورة إلغاء هذه النصوص وفرض غرامة ألف فرنك عن كل يوم تأخير، وذلك استنادًا إلي أن هذه المواد والتي تضمنها القرار الصادر في ٢٥ فبراير ١٩٩٣ الخاص بإنشاء المجلس الأعلى للاتصالات تنص علي أن تكون من

(1) C.E., 19 mars 2001, Snipag, Req. n° 202349.

(2) LONG (M.), WEIL (P.) et autres, obs. sur l'arrêt C.E., 8 août 1919, L'abonne, Rec., p. 737, GAJA, 13e éd., 2001, Dalloz, p. 224.

ضمن مهامه مراجعة مشروعات العقود النموذجية والمقترح إبرامهما بين شركة فرنستليكوم والشركات الأخرى المسئولة عن توريد خدمات ووسائل الاتصال. حيث اعتبرت الشركة الطاعنة أن هذه القواعد اللائحية تتضمن اعتداء على حرية التعاقد.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي قضى بأن الحكومة تستطيع وضع اللوائح الخاصة بإبرام العقود من أجل ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وحماية للنظام العام والآداب العامة دون اعتبار ذلك تقيدًا لحرية التعاقد[1].

من خلال عرضنا لهذه الأمثلة نجد أن مجلس الدولة الفرنسي اتجه في بعض أحكامه إلي الاعتراف بمشروعية تدخل المشرع والسلطة اللائحية لتقييد حرية الإدارة في التعاقد، وأجاز تقيد هذه الحرية طالما كان الهدف حماية النظام العام والآداب العامة.

ولكن مجلس الدولة الفنرسي قضى في العديد من القضايا التي عرضت عليه بعدم مشروعية تصرف الإدارة في حالة تدخلها بنص لائحي لتقييد حرية التعاقد، طالما لم يوجد نص تشريعي ولم يكن الهدف من هذا التقييد حماية النظام العام والآداب العامة.

ففي حالة وجود نص لائحي يتضمن اعتداء على حرية التعاقد، نجد أن

(1) C. E., 2 octobre 2002, La Sarl Even Media, Req. n° 231228.

مجلس الدولة الفرنسي يفسر هذا النص تفسيرًا ضيقًا بما يؤدي إلـــى حمايـــة حرية التعاقد وذلك في حكمه الصادر في ٣ أكتوبر ١٩٨٠[1].

ففي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي في ٢٠ يناير ١٩٨٩ نجده يرفض تقيد حرية التعاقد من خلال نص لائحي أو قرار فردي، وذلك استنادا إلى أن تقيد حرية التعاقد لا يكون إلا من خلال نص تشريعي يجيز ذلك. ففي قضية تتلخص وقائعها في طلب الشركة الطاعنة الطعن على حكم أول درجة أمـــام مجلس الدولة لتقدير مدى مشروعية المادة الخامسة من القـــرار رقـــم ٧٢-١٢٣٩ الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٧٢ والمضافة بالمادة ٢٣١-٥ لائحي من تقنين الإنشاء والإسكان، والتي تتعلق بوضع ضوابط لتعديل الثمن المتفق عليه لإنشاء منزل شخصي. حيث قضى مجلس الدولة بأن هذه الضوابط لم يـــنص عليها المشرع ولم يمنح السلطة اللائحية الحق في وضع قيود علـــى حريـــة التعاقد، ومن ثم فإن هذه الضوابط تعتبر غيـــر مـــشروعة لتقيـــدها لحريـــة التعاقد[2].

---

(1) C.E., 3 octobre 1980, Fédération française des professionnels immobiliers, Req. n° 12955; C.E., 13 mai 1987, Syndicat national professionnel des médecins du travail, Req. n° 13751.

(2) C.E., 20 janvier 1989, Société G.B.A. Berry-Loire, Req. n° 49756; TERNEYRE (Ph.), "Secteur public et concurrence: la convergence des principes à propos de la liberté contractuelle", AJDA, 2007, p. 1906.

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في صدور قرار من الوزير المختص بالشئون المالية والتجارة الخارجية في ١٧ أكتوبر ١٩٩٦ فيما يتعلق بالإعلان عن ثمن الأعمال الطبية وعمليات جراحة التجميل، وذلك استنادًا لحكم المادة ١١٣-٣ من تقنين حماية المستهلك التي تفرض الالتزام بالإعلان عن أسعار كافة المنتجات(١). ولكن هذا القرار الوزاري تم الطعن عليه لتجاوز السلطة لأنه فرض مدة خمسة عشر يومًا للتروي قبل إجراء عملية جراحة التجميل، مما يعد تقيدًا لحرية التعاقد، ويتعارض مع المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي.

وأمام هذا الطعن على القرار الوزاري الصادر في ١٧ أكتوبر ١٩٩٦ قضى مجلس الدولة في حكمه الصادر في ٢٧ أبريل ١٩٩٨ بأن هذا القرار

(1) L'article L113-3 de Code de la consommation (modifié par Ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009 - art. 16) dispose que :"Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2. Les règles relatives à l'obligation de renseignements par les établissements de crédit, les établissements de paiement et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier sont fixées par l'article L. 312-1-1 et les sections 3 et 4 du chapitre IV du titre Ier du livre III du même code".

غير مشروع، لأنه يتضمن تقيدًا لمبدأ حرية التعاقد فيما يتضمنه من ضرورة انتظار مدة خمسة عشر يومًا للتروي قبل إجراء عملية جراحة التجميل، كما أنه تجاوز الضوابط القانونية الخاصة بضرورة إعلان المستهلك المنصوص عليها في المادة ١١٣-٣ من تقنين حماية المستهلك[١].

ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي حاول أن يقارن بين توفير حماية فعالة للمستهلك وبين حماية مبدأ حرية التعاقد، ففضل الإبقاء على حماية مبدأ حرية التعاقد، حتى لو كان ذلك على حساب حماية المستهلك.

وفي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي في ١٤ أبريل ١٩٩٩ قارن المجلس بين ضرورة حماية المرافق العامة (مرفق الاتصالات والبريد) وبين احترام مبدأ حرية التعاقد، فأبدى المجلس احترامه وتقديره لمبدأ حرية التعاقد، حتى لو كان ذلك على حساب حماية المرفق العام[٢].

وبالاطلاع على العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي نجده يبحث عن مدى اعتداء السلطة اللائحية على مبدأ حرية التعاقد من عدمه، حيث يقضى برفض الطعن إذا ثبت لديه عدم اعتداء السلطة اللائحية على مبدأ حرية التعاقد باعتباره مبدأ ذا قيمة دستورية[٣]. ومن أحدث أحكام مجلس الدولة

(1) C.E., 27 octobre 1998, Cornette de Saint Cyr, Req. n° 184473 et 184557; C.E., 14 avril 1999, France Télécom, Req. n° 187570.
(2) C.E., 14 avril 1999, France Télécom, Req. n° 187570.
(3) C.E., 19 mai 2008, L'ASSOCIATION FRANÇAISE DES

الفرنسي في هذا الشأن حكمه الصادر في أول يونيو ٢٠١١[١]، وحكمه الصادر في ٢٠ مايو ٢٠١١[٢]، وحكمه الصادر في ٢٠ أبريل ٢٠١١[٣]، وحكمه الصادر في ٢٤ فبراير ٢٠١١[٤]، وحكمه الصادر في ١١ فبراير ٢٠١١[٥]، وحكم المحكمة الإدارية الاستئنافية بنيس الصادر في ٢٥ مايو ٢٠١١[٦]، وحكم المحكمة الإدارية الاستئنافية بمرسيليا الصادر في ١٥ مارس ٢٠١١[٧].

ونفس الاتجاه نجده في مجال حماية النظام العام، نجد أن حمايته تعتبر قيدًا على ممارسة حرية التعاقد في القانون المدني والقانون العام، حيث لا يجوز إبرام اتفاق يتضمن مخالفة للنظام العام والآداب العامة، سواء في

OPERATEURS DE RESEAUX ET SERVICES DE TELECOMMUNICATIONS, Req. N° 305970; C.E., 6 juin 2008, L e SYNDICAT DES TRANSPORTS D'ILE-DE-FRANCE, Req. N° 300935; LAURANS (Y.) 'La caducité des contrats administratifs', RFDA, 2011, P. 495.

(1) C.E., 1er juin 2011, Req. n° 339594.

(2) C.E., 20 mai 2011, Req. n° 347098.

(3) C.E., 20 avril 2011, Req. n° 341051.

(4) C.E., 24 février 2011, Req. n° 340122.

(5) C.E., 11 février 2011, Req. n. 325103; R. Grand, "La liberté contractuelle à l'épreuve des pouvoirs de police", AJDA, 2011, p. 307.

(6) C.A.A de Nancy, 25 mai 2011, Req. n° 10NC00584.

(7) C.A.A. de Marseille, 15 mars 2011, Req. n° 08MA01805.

مجال القانون الخاص أم القانون العام[1].

ونجد تطور هام في أحكام مجلس الدولة الفرنسي بعد صدور القانون الخاص بإنشاء قضاء إداري مستعجل يتولى حماية الحقوق والحريات الأساسية من خلال رفع دعوى مستعجلة طبقا لأحكام المادة ٥٢١-٢ من تقنين القضاء الإداري الفرنسي.

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٢ نوفمبر ٢٠٠١ بأن حرية التعاقد تعتبر من ضمن الحريات الأساسية المنصوص عليها في المادة ٥٢١-٢ من تقنين القضاء الإداري الخاصة بسلطة القاضي الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية[2]، ونفس الاتجاه نجده في حكمه الصادر في ١٤ أبريل ٢٠٠٨[3]. كما اعتبر مجلس الدولة حرية التعاقد من ضمن الحريات الواجب حمايتها بمقتضى المادة ٥٢١-١ من تقنين القضاء الإداري والخاصة بنظام وقف التنفيذ وذلك في حكمه الصادر في ٢٧ مايو ٢٠١٠[4].

---

(1) MAUGUE (Ch.), "Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs", AJDA, 1998, p. 694.

(2) C.E., 12 novembre 2001, Req. n° 239840; LALLET (A.), "Résilier n'est pas jouer : l'action en reprise des relations contractuelles", AJDA, 2011, p. 670.

(3) C.E., 14 avril 2008, M. Jasenko A, Req. N° 314157.

(4) C.E., 27 mai 2010, M. Pascal A, Req. N° 338507; au meme, C.E.,

وفي تطور أخر لأحكام مجلس الدولة الفرنسي، نجده يبحث مدى امكانية قبول الدفع بعدم دستورية نص في قانون واحالته للمجلس الدستوري لبحث دستورية يتعلق بالاعتداء علي حرية التعاقد، وذلك طبقا للمادة ٦١-١ من الدستور.

ففي حكم لمجلس الدولة في ٢٩ أكتوبر ٢٠١٠ أشار فيه إلى عدم وجود اعتداء على حرية التعاقد باعتبارها إحدى الحريات المصونة دستورياً، ومن ثم رفض الدفع الخاص بإحالة نص المادة ٩١ من القانون الصادر في ٥ مارس ٢٠٠٩ بشأن القنوات التليفزيونية للمجلس الدستوري لعدم الجدية[١].

وفي حكم حديث لمجلس الدولة الفرنسي في ١٥ ابريل ٢٠١١ قضي فيه بإحالة نص المادة ٢١٤-٤ من تقنين البيئة للمجلس الدستوري نظرًا لأنها تتضمن اعتداء على الحقوق والحريات المصونة دستورياً، ومنها حرية التعاقد وحماية اقتصاديات التعاقدات المشروعة المشار إليها في المواد ٤ و١٦ من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ والحق في الملكية المصونة بمقتضى المادة الثانية من هذا الإعلان[٢].

---

26 mai 2010, SOCIETE SARL BRIC'OLERON, Req. N° 338595; C.E., 5 mars 2010, M. Pascal A, Req. N° 335764.

(1) C.E., 29 octobre 2010, SOSIETE METROPOLE TELEVISION M6, Req. N° 334914.

(2) C.E., 15 avril 2011, SOCIETE ELECTRICITE DE FRANCE, Req. n° 346459.

من خلال هذا العرض يتضح لنا أن مجلس الدولة الفرنسي اعترف بالحماية القضائية لمبدأ حرية التعاقد، وأجاز للسلطة التشريعية تقيدها أو النص في القانون علي جواز تدخل السلطة اللائحية لتقيدها لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، كما اعتبرها المجلس في أحكامه الحديثة من الحريات الأساسية المصونة بمقتضى المادة ٥٢١-٢ من تقنين القضاء الإداري، وأخيرا اعتبرها المجلس من ضمن الحريات التي يجوز اثارة الدفع بالدستورية بشأنها طبقا للمادة ٦١-١ من الدستور الفرنسي.

كما نجد أن **مجلس الدولة المصري** كان موقفه واضحًا في هذا الشأن، حيث أكد على حرية الإدارة في التعاقد وحقها في اللجوء أو عدم اللجوء للتعاقد، وحقها في اختيار أو عدم اختيار متعاقد معين، مع الأخذ في الاعتبار ما يضعه المشرع من ضوابط قانونية تهدف إلى حماية المرافق العامة والمصلحة العامة.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "مبدأ التعاقد في مجال العقد الإداري عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر " de gré à gré " يخضع لقاعدة حرية الإدارة في اختيار المتعاقد، وإن كانت هذه الحرية في الاختيار لا يتنافى معها إخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين. وقد التقى القضاء والفقه الإداري على أنه مهما كانت دقة النظام المقرر لإحدى طرق التعاقد عن طريق الممارسة فإنه ليس من طريقة واحدة تلزم جهة الإدارة على اختيار متعاقد معين وبهذه الحقيقة تمتاز طرق التعاقد عن طريق

الممارسة عن طرق التعاقد عن طريق المناقصات العامة"[1].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "من المسلمات أنه كما يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز في تنفيذ التزام سابق يجوز أيضًا استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم، بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما، وذلك كإجراء وقائي تمليه غيرة الإدارة توخيًا للمصلحة العامة وحدها"[2].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "يشترط دائمًا فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعًا بحسن السمعة. وهذا قيد لمصلحة المرفق، أكده نص المادة الثالثة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات الذي يقضى بأن تعرض العطاءات على لجنة البت مشفوعة بملاحظات رئيس المصلحة أو الفرع المختص ويجب أن تتضمن هذه الملاحظات إبداء الرأي في أصحاب العطاءات من حيث كفايتهم المادية والفنية وحسن السمعة فللإدارة إذن حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها، ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، ٢٢ ديسمبر ١٩٦٢، طعن رقم ١٦٥٤ لسنة ٦ ق؛ أنظر ذات المحكمة في حكمها الصادر في ١٨ مارس ١٩٦٧، طعن رقم ١٦١، لسنة ٩ ق.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، ٢٢ ديسمبر ١٩٦٢، طعن رقم ١٦٥٤ لسنة ٦ ق.

مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة. ولا يخل بحق الإدارة في هذا الشأن ما نصت عليه المادة ٨٥ بند "١" من لائحة المناقصات والمزايدات من أن ينفسخ العقد ويصادر التأمين النهائي وذلك بعد أخذ رأى مجلس الدولة وبدون إخلال بحق المصلحة في المطالبة بالتعويضات المترتبة على ذلك في الحالات الآتية: "١" إذا استعمل المتعهد الغش أو التلاعب في معاملته مع المصلحة وحينئذ يشطب اسمه من بين المتعهدين وتخطر وزارة المالية والاقتصاد بذلك ولا يسمح له بدخول في مناقصات حكومية. هذا علاوة على إبلاغ أمره للنيابة عند الإقتداء......." ذلك أن هذا النص لم يرد لحرمان الإدارة من حقها في شطب اسم المتعهد الذي يستعمل الغش والتلاعب في حالة ما إذا لم تر فسخ العقد. ولكنه ورد - كما تنطبق عباراته - لإلزام الإدارة بشطب اسم ذلك المتعهد في حالة فسخ العقد. أما إذا لم تر الإدارة فسخ العقد فأنه يبقى لها حقها في استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة من قائمة عملائها ذلك الحق الأصيل الذي لم يخل به نص المادة ٨٥ سالفة الذكر. فيجوز لها بمقتضى هذا الحق أن تشطب اسم المتعهد إذا استعمل الغش أو التلاعب حتى ولو لم يفسخ العقد لهذا السبب. وحاصل القول أن شطب الاسم المتعهد لسبب استعمال الغش والتلاعب إذا كان واجبًا في حالة فسخ العقد. فإنه أيضًا جائز إذا لم يفسخ العقد"[1].

يتضح لنا جليا موقف مجلس الدولة المصري من الاعتراف بحرية الجهة

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، ١٧ فبراير ١٩٦٢، طعن رقم ١٠٦٧، لسنة ٥ ق.

الإدارية في أن تتعاقد أو ألا تتعاقد، كما أن لها الحق في حماية المرفق العام والمصلحة العامة من خلال فرض بعض الضوابط علي حرية التعاقد. وفـــي بعض الحالات يحظر علي جهة الإدارة النص في عقودها علي شروط معينة مما يعد تقييداً لحرية التعاقد.

المبحث الثاني

مظاهر حرية الإدارة في مرحلة تنفيذ التعاقد

تتمتع جهة الإدارة بالعديد من الامتيازات في مواجهة المتعاقدين معها التي تعد شرطاً استثنائية ومعيارا مميزاً للعقد الإداري. ومن خلال هذه الامتيازات تظهر جهة الإدارة بأنها في وضع أفضل من المتعاقد معها أي يعد ذلك خروجاً على مبدأ المساواة بين المتعاقدين المنصوص عليه في القانون الخاص. نذكر منها علي سبيل المثال سلطة التعديل من جانب واحد (المطلب الأول) وسلطة توقيع جزاء علي المتعاقد معها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة

المبدأ العام فى عقود القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحد الأطراف تعديل العقد بالإرادة المنفردة وذلك طبقا للمادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١٣٤ من التقنين المدنى الفرنسى.

فهل يطبق المبدأ السابق فى العقود الإدارية ؟ بمعني أخر هل جهة الإدارة ستكون ملزمة بتنفيذ شروط العقد طوال مدة التنفيذ دون أن يكون لها الحق فى تعديلها بالإرادة المنفردة ؟

ذهب جانب من الفقه الفرنسى والمصرى يؤيده فى ذلك بعض الأحكـام القضائية القديمة إلى القول بأن جهة الإدارة لا تملك سلطة التعديل من جانب واحد، بينما الغالبية العظمى من الفقه الفرنسى والمصرى والأحكام الحديثـة لمجلس الدولة تؤيد حق جهة الإدارة فـى تعـديل العقـد الإدارى بـالإرادة المنفردة.

فإذا ما انتهينا إلى تقرير حق الإدارة فى التعديل من جانب واحد، فما هو الأساس القانونى لسلطة التعديل وما هى حدود ونطاق سلطة التعـديل مـن جانب واحد.

أولا: موقف القضاء والفقه من سلطة التعديل من جانب واحد:

١- موقف القضاء:

أ- الوضع القديم:

فى فرنسا، حتى أوائل القرن العشرين كان مجلس الدولة الفرنسى يرفض حق جهة الإدارة فى تعديل العقد بالإرادة المنفردة، ولم يعترف بهذا الحق إلا إذا وجد نصاً فى القانون أو فى العقد ذاته.

ففى حكمه الصادر فى ٢٣ مايو عام ١٨٩٠ فى قـضية société des chemines de fer économiques قضى مجلس الدولة بـأن Le préfet لا يملك الحق فى أن يفرض على الشركة صاحبة الامتياز إنـشاء محطـات

جديدة طالما أن هذا الحق لم يكن مشار إليه فى كراسة الشروط[1]. وفى حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسى فى ١١ مارس ١٨٩٨ قضى بأنه فى حالة غياب التنظيم القانونى أو اللائحى، فالعلاقة بين الدولة مانحة الالتزام والملتزم يحكمها الشروط الواردة فى كراسة الشروط الخاصة بعقد الامتياز[2].

ولقد أيد مجلس الدولة الفرنسى المبدأ السابق فى بعض الأحكام الأخرى المشهورة فى فرنسا كالحكم الصادر فى ٢٣ يناير ١٩٠٣ فى قضية[3] Compagnie des chemins de fer économiques du Nord.

(1) C.E., 23 mai 1890, Société des chemins de fer économiques, Rec., p. 537.

(2) C.E., 11 mars 1898, Ministre des travaux publics c. Compagnie du Nord, Rec., p. 224.

(3) C.E., 23 janvier 1903, Compagnie des chemins de fer économiques du Nord, Rec., p. 62, concl. Teissier ; S. 1904, 3, p. 49, note Hauriou. Voir aussi, C.E., 29 janvier 1892, Tramways de Bordeaux, S. 1893, 3, p. 52 ; Art. 9 de la loi du 11 juin 1842 ; Art. 21 de la loi du 15 juillet 1845 ; Art. 33 du cahier des charges type de 1857. Sur l'application de ces dispositions, V. C.E.26 janvier 1900, Chemins de fer économiques du Nord, S. 1902, 3, p. 40 ; C.E., 4 août 1905, Compagnie des chemins de fer de Bone-Guelma, Rec., p. 770 ; C.E., 4 février 1910, Compagnie des chemins de fer métropolitains de Paris, Rec., p. 98 ; C.E., 4 juin 1924, Compagnie générale française de Tramways, Rec., p. 554 ; C.E., 27 janvier 1899, Société des chemins de fer sur route d'Algérie, Rec., p. 53 : «qu'il appartient au maire (..) de prendre, sous la surveillance de l'Administration supérieure, toutes les

يتضح لنا أن مجلس الدولة الفرنسى رفض فى بداية الأمـــر أن يكـــون لجهة الإدارة المتعاقدة الحق فى تعديل العقد بإرادتها المنفردة، حيث لم يقـــر هذا الحق إلا إذا كان منصوصاً عليه فى العقد نفسه أو فى قانون أو لائحة.

وهذا الاتجاه كان متبعا فى مصر فى الفترة السابقة على إنشاء مجلـــس الدولة فى مصر وظهور فكرة العقد الإدارى كعقد مستقل بذاته عـــن العقـــد المدنى. ففى هذه الفترة كانت المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية يختص بها المحاكم المختلطة أو الأهلية. وأصدرت هذه المحاكم عدة أحكام تؤكد أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحد الأطراف أن يعدل العقد بإرادته المنفـــردة، فلابد من موافقة الطرف الآخر[1].

ب- الوضع الحالى:

فى أشهر أحكام مجلس الدولة الفرنسى الصادرة فى ١١مـــارس ١٩١٠

---

mesures nécessaires dans l'intérêt de la commodité de la circulation et de la sécurité de la voie publique»; dans le même sens, C.E., 10 mai 1907, Ministre des travaux publics c. Granges, Rec., p. 436 ; C.E., 16 novembre 1928, Sieurs Ravier et Robinot, Rec., p. 1193.

(١) المحكمة المدنية المختلطة بالقاهرة، ٢مارس ١٨٩٦؛ محكمة الاستئناف المختلطة، ١٣يونيه ١٨٩٤، ص٣٤٥؛ محكمـــة الإســـكندرية المختلطـــة، ٦ مـــايو ١٩٢٦، ص٢٥٥.

فى قضية[1] compagnie générale française des tromweys عـدل مجلس الدولة الفرنسى عن قضاءه السابق وأجاز لجهة الإدارة المتعاقد الحـق فى تعديل شروط العقد بالإرادة المنفردة بهدف تحقيق المصلحة العامـة فـى المرفق العام.

ولقد أشار مجلس الدولة الفرنسى إلى هذا الحق فى العديد من أحكامـه اللاحقة كالحكم الصادر فى ٢٦مايو ١٩٣٠ فى قـضية Viette[2] والحكـم الصادر فى ١٢مايو ١٩٣٣ فـى قـضية [3] Conpagnie générale des eaux

ولأول مرة فى تاريخ مجلس الدولة الفرنسى يقضى بأن حق جهة الإدارة المتعاقدة فى تعديل العقد بالإرادة المنفردة يطبق على كافة العقـود الإداريـة وذلك فى حكمه الصادر فى ٢ فبراير عام ١٩٨٣ فى قـضية Union des transports publics Urbains et régionaux[4]. حيث أجـاز المجلـس

(1) C.E., 11 mars 1910, Compagnie générale française des Tramways, Rec., concl. L. Blum ; D. 1912, 3, p. 49, concl. L. Blum ; S. 1911, 3, p. 1, concl. L. Blum, note Hauriou ; RDP 1910, p. 270, note Jèze.

(2) C.E., 26 mai 1930, Viette, Rec., p. 564.

(3) C.E., 12 mai 1933, Compagnie générale des eaux c. Ville de La Seyne, Rec., p. 508 ; dans le même sens, C.E., 9 février 1951, Ville de Nice, Rec., p. 80.

(4) C.E., 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Rec., p. 33 ; RDP 1984, p. 223, note J.-M. Auby. Voir

تعديل العقد بالإرادة المنفردة سواء وجد نص في العقد أم لم يوجد، باعتبار ذلك حق أصيل لجهة الإدارة ولا يجوز الاتفاق علي ما يخالفه.

ومنذ تاريخ إنشاء مجلس الدولة فى مصر عام ١٩٤٦ واستقلال العقد الإدارى عن العقد المدنى أصبح مجلس الدولة هو المختص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وإن كان لم يصبح صاحب الاختصاص العام بنظر كافة المنازعات الإدارية إلا منذ عام ١٩٧١ تاريخ صدور الدستور المصري وبصفة عامة بمقتضى نص المادة العاشرة من قانون تنظيم مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

وأصدرت محكمة القضاء الإداري أحكام عديدة تؤكد على حق جهة الإدارة فى تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة[1].

---

aussi, C.E., 6 mai 1985, Min. chargé des P.T.T. c/ M. Ricard, RFD adm. 1985, p. 697 et s., note J.-C. B. ; AJDA 1985, p. 736, note J.-L. Gauroy; Ch. MAUGÜE et SCHWARTZ, chro. sous C.E., 13 mai 1992, Commune d'Ivry-sur-Seine et C.E., 25 mai 1992, Département de l'Héraut, AJDA 1992, p. 481 ; J.-D. DREYFUS, Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques, L'Harmattan, Paris, 1997, p. 319 et s. ; J. MOREAU, « Les matières contractuelles », AJDA 1998, p. 747 et s.

(١) محكمة القضاء الإداري، ٢٦ ديسمبر ١٩٥١، س ٤، ص ٢١٤؛ ٢ ديسمبر ١٩٥٢، س ٤، ص ٧٦؛ 2 يونيه ١٩٥٣ ، س ٥، ص ١٣٩٧؛ ١٦ ديسمبر

٢- موقف الفقه:

لقد أنكر جانب من الفقه الفرنسي حق الإدارة المتعاقدة فى تعديل العقد من جانب واحد. ومن أبرز أنصار هذا الرأي هو الفقيه الفرنسي[١] J. L'Huillier، ويرى هذا الفقيه أن جهة الإدارة لا تملك الحق فى تعديل العقد دون موافقة المتعاقد معها وبالتالى لا يجوز إجراء التعديل إلا إذا وجد نصا فى قانون أو لائحة أو عقد. واستند إلى عدة أحكام لمجلس الدولة الفرنسى لكى يؤيد وجه نظرة حيث أشار إلى الأحكام التى أجازت التعديل بناءً على نص فى العقد أو القانون أو اللائحة. وهذه الأحكام هى الحكم الصادر فى ١١يوليو عام[٢] ١٩٤١، والحكم الصادر فى ٢٣مايو ١٩٣٦[٣]. والحكم الصادر فى ١٦يناير١٩٤٦[٤].

١٩٥٦، س ١١، ص ٩٠؛ ٢٤ يناير ١٩٦١، ص ٢٥٠؛ انظر ايضا المحكمة الإدارية العليا، ٢٠ أبريل ١٩٥٧، مجموعة احكام المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في ٤٠ عام من ١٩٥٥ الي ١٩٩٥ ، ص ٣٠٥؛ ١٨ يوليو ٢٠٠٠، حكم رقم ١٩٩٦؛ ١٥ نوفمبر ١٩٩٢، حكم رقم ٣٩٨٦-٣٥؛ ٢٦ يناير ١٩٩٩، حكم رقم ٥٨٢-٤٠.

(1) J. L'HUILLIER, «Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration», D.1953, chro. XVII, p. 18 et s.

(2) C.E., 11 juillet 1941, Hôpital-hospice de Chauny, Rec., p. 129.

(3) C.E., 23 mai 1936, Commune du Vésinet, Rec., p. 591.

(4) C.E., 16 janvier 1946, Ville de Limoges, Rec., p. 15.

ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي يتزعمه الفقيه Jèze إلى القول بـأن سلطة التعديل من جانب واحد توجد فقط فى عقد امتياز المرافق العامة وعقد الأشغال العامة، نظرا للطبيعة الخاصة لكل منهما وما يتضمنه كل منهما من نصوص لائحية يمكن تعديلها فى كل وقت استنادا لسلطة الإدارة اللائحية فى تنظيم المرافق العامة[1].

ولكن الغالبية العظمى من الفقه الفرنسى والمصرى تؤكد على حق جهة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى بالإرادة المنفردة بهـدف تحقيـق المـصلحة العامة. فهذا الحق ثابت لجهة الإدارة دون حاجة للنص عليه صراحة فى العقد أو في القانون أو في اللائحة. فإذا جاء النص عليه فلا يعد ذلك حقـاً منـشأ

---

(1) G. JEZE, «Le régime juridique du contrat administratif», note sous C.E., 5 janvier 1944, Saintard ; C.E., 21 janvier 1944, Léoni et C.E., 21 janvier 1944, Sté d'entreprise, RDP, 1945, p. 251 et s. ; G. JEZE, Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics, Marcel Giard, Paris, 1932, p. 242 et s., selon lui «les principes du droit public conduisent, en matière de contrats administratifs, à poser les règles suivantes: 1° L'administration peut à tout moment modifier, en plus ou en moins, l'étendue des prestations à effectuer par le contractant ; elle peut même mettre fin, à tout moment, à l'exécution du contrat. Ce faisant, l'administration ne commet pas une faute contractuelle. 2° Le contractant ne peut pas s'opposer à ces modifications, à cette résiliation, mais il a droit à être indemnisé pleinement. Si la modification en plus est trop forte, il peut demander la résiliation avec indemnité à son profit».

لجهة الإدارة، ولكن النص يعتبر كاشف لحق جهة الإدارة فى تعـديل العقـد الإدارى بالإرادة المنفردة[1].

ولقد أكد المشرع المصرى فى القانون رقم ١٢٩ لـسنة ١٩٤٧ بـشأن

---

(1) S. BADAOUI, *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien,* Th., Paris, 1954, p. 56 ; G. VEDEL, Cours de droit administratif, Licence, 2e année, 1952, p. 926 ; G. PEQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif,* Th., Montpellier, 1945, p. 434 ; A. FURTUNA, *Le fait du prince,* Th., Paris, 1924, p. 45 ; M. HAURIOU, note sous C.E., 27 juin 1913, Ville de Toulouse, S. 1915, 3, p. 17 ; R. BONNARD, Précis de droit administratif, 4e éd., 1943, p. 620 ; A. DE LAUBADERE, «Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs», RDP 1954, p. 36 ; dans le même sens A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, t. II, LGDJ, Pairs, 1984, p. 388 ; G. DUPUIS, M.-J. GUÉDON et P. CHRÉTIEN, Droit administratif, 6e éd., Dalloz, 1998, p. 405 ; L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 2e éd., LGDJ, Paris, 1999, p. 224 ; Ch. DEBBASCH. Droit administratif, 6e éd., Economica, 2002, p. 543 ; J.-F. LACHAUME, Droit administratif, 13e éd., PUF, 2002, p. 548 ; C. BOITEAU, «Délégation de service public», JCA 2002, fasc. n° 662, p. 13 ; G. DEPUIS, *Les privilèges de l'administration,* Th., Paris, 1962, t. n° 183 et s., p. 179 et s. ; A. GHELLAL, *Recherche sur la notion d'effet impératif des actes administratifs unilatéraux,* Th., Montpellier, 1973, p. 276.

امتياز المرافق العامة على حق جهة الإدارة فى تعديل العقد بالإرادة المنفردة وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة.

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة التعديل من جانب واحد

لقد اختلف الفقه الفرنسي والمصري حول تحديد أساس قانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقودها بالإرادة المنفردة، بالبعض يري أن سلطة التعديل من جانب واحد تقوم علي فكرة السلطة العامة، بينما يري البعض الأخر أن سلطة التعديل من جانب واحد تعتمد علي فكرة المصلحة العامة وضرورة حماية المرفق العام.

الفريق الأول : هذا الفريق اعتبر أن سلطة التعديل من جانب واحد تقوم علي أساس فكرة السلطة العامة حيث يري هذا الجانب من الفقه أن جهة الإدارة صاحبة سلطة عامة تتمكن من خلالها التدخل لتعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة.

فهذه الميزة التي تتمتع بها جهة الإدارة بتعديل العقد بالإرادة المنفردة لا تستمد من نصوص العقد فهي ليست امتيازا تعاقديا بل هي مستمده من نصوص القانون، ومن ثم يتعلق هذا الحق بالنظام العام[1].

---

(1) L. BLUM, concl. sur C.E., 11 mars 1910, Compagnie générale française des Tramways, Rec., p. 218 ; D. 1912, 3, p. 49, concl. L. Blum ; GAJA 13e éd., Dalloz, 2001, n° 23, p. 34 ; G.

الفريق الثاني ويري أنصاره أن سلطة التعديل من جانب واحد تعتمد علي مقتضيات المنفعة العامة أو ضرورات المرفق العام. حيث تري الغالبية من الفقه الفرنسي والمصري ويسانده القضاء بأن المنفعة العامة وضرورات المرفق العام هما الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة(١).

فسلطة التعديل ليست امتيازا تعاقديا كما يدعي أنصار الاتجاه الأول، بل

PEQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Th., *op. cit.*, p. 367 et 368 ; dans le même sens, L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, t. III, 3é éd., 1930, p. 435.

(1) Voir en droit français, par exemple, R. CHAPUS, Droit administratif général, t. I, *op. cit.*, n° 1381, p. 1187 ; M. ROUSSET, Droit administratif – I. L'action administrative, Presses Universitaires de Grenoble, 1994, p. 177 ; J.-F. AUBY, Les services publics locaux, coll. Administration locale, Berger-Levraut, 1997, p.80 ; S. BADAOUI, *Le fait du prince dans les contrats administratifs* en *droit français et en droit égyptien*, Th., Paris, 1954, p. 47 et s. ;

د/ سليمان الطماوي، المبادئ العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي ١٩٩١، ص ٤٧٠؛ محمد عبداللطيف، التفويض في المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٩١؛ عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود امتياز المرافق العامة طبقا لنظام البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٦٥؛ جابر نصار، عقود امتياز البوت والتطور الحديث لعقود الامتياز، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٠٢.

هي تستند الي مقتضيات المنفعة العامة أو ضرورات المرفــق العـــام حيـــث لا يجوز القول بأن جهة الإدارة تكون ملزمة بالعقود التي تبرمها مدي الحياة بدون تعديل أو تغيير طبقا لمقتضيات المنفعة العامة أو ضـــرورات المرفـــق العام التي تعطي الحق لجهة الإدارة في تعديل عقودهـــا الإداريـــة بـــالإرادة المنفردة. كما أن العقود الإدارية تعتبر احدي الوسائل التي تـــستخدمها جهـــة الإدارة من أجل المحافظة علي استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراد(١).

(1) P. HENRI CHALVIDAN et Ch. HOUTEUR, Droit administratif, éd. Nathan, 1995, p. 171 ; X. PHILIPPE, Droit administratif général, 2e éd., Libraire d'Aix-en-Provence et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1996, p. 180; J.-Ch. BRUERE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », RDP 1996, p.1715 et s. ; J.-L. AUTIN et C. RIBOT, Droit administratif général, Litec, 1999, p. 170 ; J.-L. AUTIN et C. RIBOT, Droit administratif générale, 2e éd., Litec, 2003, p. 221 ; J.-F. LACHAUME, Les grandes décisions de jurisprudence – Droit administratif, 12e éd., PUF, Paris, 1999, p. 412 ; L. CORNEILLE, concl. sur C.E.8 février 1918, Société d'éclairage de Poissy, RDP 1918, p. 246 ; B. GENEVOIS, concl. sur C.E., 9 décembre 1983, S.A. d'étude, de participation et de développement, RFD adm. 1984, n° 0, p. 39 et notamment p. 44 ; de même, J. DUFAU, « Concessions de service public », JCA, fasc. 350, n° 124 ; H. PAULIAT, « Concessions de travaux publics » in « Droit de l'administration », Dalloz, Paris, 2000, n° 1194, p. 164, voir notamment p.197 ; C. YANNAKOPOULOS, La notion de droits acquis en droit administratif français, LGDJ, Paris, 1997, n° 112, p. 60 et s. ; A. DE LAUBADERE, « Du pouvoir de

ثالثا: حدود ونطاق سلطة التعديل من جانب واحد

لقد سبق التأكيد علي أن جهة الإدارة تستطيع ممارسة سلطة التعديل من جانب واحد علي عقودها الإدارية، ولكن هذه السلطة لا تشمل جميع شـروط العقد، ومن ثم لا تملك جهة الإدارة تعديل جميع شروط العقد الإداري بالإرادة المنفردة.

فالعقد الإداري يتضمن نوعين من الشروط: أولهمـا شـروط لائحيـة وثانيهما شروط تعاقدية.

ولقد اتفق الفقه الفرنسي والمصري علي حق الجهة الإدارية في تعـديل شروط العقد اللائحية والتي تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام، بينما لا يجوز لجهة الإدارية تعديل الشروط التعاقدية بالإرادة المنفردة وهي الشروط التـي تتعلق بالمزايا والحقوق المالية المتفق عليها في العقد والتي لا تتعلق بالمرفق العام[1].

---

l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », RDP 1954, p. 59 ; dans le même sens, A. DE LAUBADERE, note sous C.E. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, D. 1958, 730, voir surtout p. 733 ; A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, t. II, , LGDJ, Paris, 1984., n° 1176, p. 404.

(1) G. PEQUIGNOT, Contribution à la théorie générale du contrat

وبذلك يتضح لنا أن الشروط التي تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام هي التي تملك الجهة الإدارية تعديلها من جانب واحد بينما الشروط التعاقدية التي تتعلق بالحقوق والمزايا المالية الممنوحة للمتعاقد لا تملك الجهة الإدارية تعديلها إلا باتفاق الطرفين[١].

ولقد أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي[٢] والمصري[٣] حق الإدارة في تعديل شروط العقد اللائحية التي تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام بالإرادة المنفردة مع إعطاء الحق للمتعاقد في الحصول علي تعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء هذا التعديل. أما الشروط التعاقدية التي تتعلق بالمزايا

---

administratif, Th., op. cit., p. 374 ; dans le même sens, Ph. Th. VEGLERI, Des modifications apportées par l'administration à ses contrats : Étude de jurisprudence administrative, Th., Paris, 1927, p. 85 et s. ; U. LÜTHJE, La technique juridique du contrat administratif en droit comparé, Idoux, 1963, p. 27 ; A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, t. II, LGDJ, Paris, 1984, p.434 ; S. BADAOUI, Th., op. cit., p. 105 ; G. JEZE, «Le régime juridique du contrat administratif», RDP 1945, p. 257 et 258.

(١) المستشار/ حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، ط ١، ٢٠٠٢، ص ٣١٧؛ د ابراهيم محمد علي و د جمال عثمان جبريل، العقود الإدارية، ١٩٩٦، ص ٤١٨.

(2) C.E., 9 mars 1951, Didonna, Rec., p. 149 .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، ٣١ أغسطس ١٩٩٣، طعن رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ ق؛ نفس المحكمة ١٥ نوفمبر ١٩٩٢، طعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق.

المالية لا تستطيع جهة الإدارة تعديلها بالإرادة المنفردة، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "المقابل المالي من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة- الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي تتحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع أحد طرفي العقد تعديلها إلا بموافقة الطرف الأخر. سلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد. أساس ذلك: إن قيمة العقد تعتبر من ثوابت العقد دون نظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة. والقول بغير ذلك يؤدى إلى زيادة القيمة أو نقصها تبعا للتغير في سعر تحويل العملة وهو أمر يتنافى مع ثبات شرط المقابل المالي للعقد[١].

إلي جانب ذلك توجد حدود لسلطة التعديل من جانب واحد تتمثل في الآتي:

- لا تستطيع جهة الإدارة تعديل شروط العقد التي تم تنظيمها بمقتضي القوانين واللوائح[٢].

---

(١) محكمة إدارية عليا، ٣١ أغسطس ١٩٩٣، طعن رقم رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ ق.

(2) C.E., Ass., 18 juillet 1930, Compagnies des chemins de fer P.L.M. de Paris à Orléans, de l'Est, du Midi, Syndicat des Ceintures, Rec., p.753 ; RDP 1931, p. 141, concl. P.-L. Josse .

- لا تستطيع الجهة الإدارية فرض تعديلات يكون من شأنها تغيير طبيعة العقد أو موضوعه(١).

- لا تستطيع الجهة الإدارية أن تفرض علي المتعاقد استخدام أساليب جديدة في إدارة المرفق العام بدون تغيير الظروف التي يكون من شأنها فرض هذه الأساليب الجديدة(٢).

- لا تستطيع الجهة الإدارية تعديل شروط العقد دون أن يكون هناك ثمة تغير قد طرأ عما كان عليه الوضع وقت إبرام العقد(٣).

- لا يجوز لجهة الإدارة أن تقوم بتعديل العقد بما يجاوز الحدود والنسب المقررة قانونا أو المتفق عليها في العقد. حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "من حق جهة الإدارة تعديل العقد بالزيادة او النقصان في حدود٢٥ % من

(1) C.E., 3 avril 1925, Ville de Mascara, Rec., p. 382 ; C.E., 26 mars 1926, Société d'électricité de la ville du Rhône, Rec., p. 346.

(2) C.E., 3 avril 1925, Ville de Mascara, Rec., p. 382 ; C.E., 26 mars 1926, Société d'électricité de la ville du Rhône, Rec., p. 346.

(3) C.E., 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, Rec., p. 5 ; S. 1902, 3, p. 17, note Hauriou ; GAJA, Dalloz, 13e éd., 2001, n° 9, p. 57 ; dans le même sens, C.E., 11mars 1925, Société Industrielle du gaz et de l'électricité, Rec., p. 254 ; C.E., 6 avril 1926, Dupuy, Rec., p. 864 ; C.E., 9 juillet 1926, Duris, Rec., p. 715 ; C.E., 6 janvier 1932, Ville de Segré, Rec., p. 3 ; C.E., 26 mai 1930, Vitte, Rec., p. 564 ; C.E., 12 mai 1933, Compagnie des eaux, Rec., p. 508.

قيمة الأعمال محل العقد في أي وقت سواء قبل أو بعد البدء في الأعمال الجاري تنفيذها بناء علي العقد بإرسال إخطار كتابي للمقاول. ومن الطبيعي أن يكون استعمال الإدارة لهذا الحق في الوقت المناسب سواء كان التعديل بالزيادة أو النقصان حتى يتمكن المقاول من تنفيذ الأعمال الإضافية المطلوبة أو عدم تنفيذ الأعمال التي طلب منه حذفها من العملية. ومن ثم لا يجوز طلب إنقاص الأعمال في وقت كان المقاول قد أتم فيه جميع الأعمال المطلوبة"[1]. كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "احتفظ المشرع لجهة الإدارة بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقص في حدود النسب المقررة قانونا في هذا الشأن. والوعاء الذي يحسب على أساسه هذا التعديل هو قيمة العقد المبرم مع المتعاقد. أساس ذلك أن التعديل ينصرف إلى هذا العقد بآثاره التي يفترض أن المتعاقد قد أخذها في حسبانه. لا وجه للقول بأن الوعاء الذي يحسب على أساسه هذا التعديل هو مجموع قيمة العقود التي أبرمت بشأن المراحل المتعددة للمشروع. هذا القول ينطوي على تعميم وتعمية للوعاء الذي على أساسه تحسب الزيادة"[2].

- لا يجوز لجهة الإدارة ممارسة حق التعديل من جانب واحد بالمخالفة لقواعد المشروعية التي تتمثل في ضرورة إصدار التعديل من الجهة المختصة قانونا بإصداره وإتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا. حيث قضت

(١) محكمة إدارية عليا، ٣٠ يوليو ١٩٩٦، طعن رقم ٧١٦ لسنة ٣٧ ق، ص ١٥٢٩.
(٢) محكمة إدارية عليا، أول مارس ١٩٨٦، طعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣١ ق

المحكمة الإدارية العليا بأن "العقد الإداري لا ينشأ ولا يعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادرة ممن يملك التعبير عن هـذه الإرادة. يجـوز لجهـة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري ولكن لا سبيل إلى قيام هذا التعـديل والاعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة فلا يتأتى إلا من السلطة المختصة بإجرائه. ونتيجة ذلك: أن التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة لا تنتج أثراً فى تعديل وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه"(١).

المطلب الثاني

سلطة جهة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها

تستطيع الجهة الإدارية توقيع جزاء علي المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، ولكن حق الإدارة في توقيع جزاء خارج عن الجزاءات المنصوص عليها في العقد لم يكن مقررا لها إلا منذ عام ١٩٠٧ في فرنسا، أمـا الفتـرة السابقة علي هذا التاريخ كان يجب علي الجهة الإدارية اللجوء إلي القاضـي لتوقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية. فإننا سوف نعرض للمبادئ التي تحكم توقيع الجزاء علي المتعاقد.

---

(١) محكمة إدارية عليا، ٢٢ نوفمبر ١٩٨٠، طعن رقـم ٨٤٥ لـسنة ١٩ ق؛ نفـس المحكمة في جلسة ١٣ يونيه ١٩٩٦، طعن رقم ٣٤٩٠ لسنة ٣٨ ق.

أولا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بالإرادة المنفردة

في الفترة السابقة علي عام ١٩٠٧، في فرنسا، نجد أن المتعاقد إذا أخل بالتزاماته، فالجهة المتعاقدة لم تكن تملك توقيع جزاء علي المتعاقد بالإرادة المنفردة ولم تكن تملك توقيع جزاء غير الجزاء المنصوص عليه في العقد بمعني أنها ملتزمة بنصوص العقد استنادا إلي قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين.

ففي ١٥ يوليو عام ١٨٨١ أصدر مجلس الدولة حكما في قضية Faillite de la Compagnie d'Orléans à Rouen c. département de Loir-et-Cher[1]. يؤيد فيه رأي مفوض الدولة بأن الجهة الإدارية ملتزمة بنصوص العقد ولا تملك توقيع جزاءات خارجه عن نصوص العقد وكذلك لا تملك توقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد بالإرادة المنفردة، بل يجب عليها اللجوء الي قاضي العقد[2]. وصدر حكم أخر لمجلس الدولة الفرنسي يؤيد اتجاهه السابق في ١١ يناير عام ١٨٨٤[3]. وهذا الاتجاه

---

(1) C.E., 15 juillet 1881, Faillite de la Compagnie d'Orléans à Rouen c. département de Loir-et-Cher, D.1882, III, p. 117.

(2) MARGUERIE, concl. sur C.E., 15 juillet 1881, Faillite de la Compagnie d'Orléans à Rouen c/ département de Loir-et-Cher, D. 1882, III, p. 117.

(3) C.E., 11 janvier 1884, Level c. Département du Pas-de-Calais, D.1885, III, p. 77.

القضائي أيده الفقه الفرنسي(١).

ففي هذه الحقبة من الزمن لم تكن الجهة الإدارية تملك سوي اللجوء الي القاضي الإداري لتوقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد إذا أخل المتعاقد بالتزاماته، أما إذا خلا العقد من ذكر أي جزاءات تعاقدية فان الفقه والقضاء الفرنسي اتفقوا علي أن الجهة الإدارية المتعاقدة لا تستطيع أن تطلب من قاضي العقد تطبيق أحكام القانون الخاص بتعويضها عما أصابها من ضرر نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية وذلك لأن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن هذا الاتجاه بحكمه الصادر في ٣١ مايو ١٩٠٧ في قضية Deplanque(٢). وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد دبلانك أبرم عقد التزام مرفق عام مع احدي القرى لإضاءتها ونص في العقد علي الفسخ كجزاء للتقصير في تنفيذ التزامات المتعاقد، وقد نسب بعد ذلك إلي السيد دبلانك التقصير في أداء التزاماته المقررة بمقتضي العقد.

---

(1) A. CHRISTOPHLE, Traité théorique et pratique des travaux publics, t. II, 2e éd., Chevalier-Marescq, Paris, 1890, p. 38 ; L. AUCOC, Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées, t. II, 3e éd., Paris, 1886, n° 709, p. 426.

(2) C.E., 31 mai 1907, Deplanque c.Ville de Nouzon, Rec., p. 513, concl. Romieu ; S. 1907, III, p. 113, note Hauriou ; RDP 1907, p. 678, note Jèze.

وتم عرض الأمر علي القاضي الإداري وكان عليه إما أن يتقيد بنصوص العقد استنادا الي قضاءه السابق ويحكم بالإسقاط وإما أن يوقع جزاء أخر غير المنصوص عليه في العقد.

وعندما عرض الأمر علي مفوض الحكومة Romieu فقد اقترح عدة مبادئ جديدة تتمثل في الأتي: ١- إذا كان العقد قد تتضمن تحديد التزامات الطرفين وأغفل تحديد جزاءات مقابلة، فلا يعني ذلك عدم وجود جزاءات. ٢- إذا كان العقد قد تتضمن جزاءات لبعض المخالفات الجسيمة وأغفل تحديد جزاءات لباقي المخالفات، فلا يعني ذلك أن هذه المخالفات تبقي بدون جزاء. ٣- أن كل التزام تعاقدي يقابله جزاء، وعلي القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا جاءت نصوص العقد خالية من أي جزاءات. ومن ثم يجب علي القاضي في الحالة المعروضة عليه في قضية دبلانك إما أن يقرر فسخ العقد أو الحكم بالتعويض(١).

ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي برأي مفوض الحكومة وقضي بتعويض الجهة الإدارية عن المخالفات التي ارتكابها المتعاقد معها رغم أنه لم يكن من ضمن الجزاءات المنصوص عليها في العقد.

---

(1) ROMIEU, concl. sur C.E., 31 mai 1907, Deplanque c. Ville de Nouzon, Rec., p. 514.

ولقد تواتر أحكام مجلس الدولة الفرنسي[١] في هذا الشأن حيث لم تعد الجهة الإدارية ملزمة بالمطالبة بتوقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد فقط، بل يجوز لها أن تطالب القاضي الإداري بتوقيع أي جزاء حتي ولو لم ينص عليه في العقد وذلك في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية. وهذا الاتجاه القضائي أيده الفقه الفرنسي في هذه الحقبة من الزمن[٢].

وفي عام ١٩٢٩ تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن حيث أجاز للجهة الإدارية المتعاقدة مطالبة المتعاقد بتعويض الضرر الذي أصابها نتيجة عدم تنفيذه لالتزاماته التعاقدية وذلك دون حاجة للجوء الي القضاء[٣]. وأجاز القضاء أيضا لجهة الإدارة المتعاقدة تحديد قيمة التعويض بإرادتها

---

(1) C.E., 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen, Rec., p. 5 ; GAJA, 13e éd., Dalloz, 2001, n° 9, p. 57 ; C.E., 18 novembre 1910, Commune de Signy-l'Abbaye c. Chapuis, Rec., p. 801 ; C.E., 17 novembre 1922 Commune de Chalonnes-sur-Loire, Rec., p. 873 ; C.E., 26 mars 1924, Société industrielle de gaz et d'électricité c. Ville de Lézignan, Rec., p. 328 ; C.E., 27 mai 1927, Commune de Terrasson c. Sieur Gastambide, Rec., p. 614 ; C.E., 2 novembre 1927, Ville de Saint-Pol-sur-Terroise, Rec., p. 1000.

(2) Par exemple, HAURIOU, note sous C.E., 31 mai 1907, Deplanque c. Ville de Nouzon, S. 1907, III, p. 113 ; G. JEZE, note sous C.E., 31 mai 1907, Deplanque c. Ville de Nouzon, RDP 1907, p. 678.

(3) C.E., Sect., 11 octobre 1929, Compagnie Sud-Atlantique, Rec., p. 892.

المنفردة ومطالبة المتعاقد به دون حاجة للجوء إلى القاضي الإداري.

ولكن القضاء الإداري المصري لم يجيز لجهة الإدارة هذا الحق حيث يجب علي الجهة المتعاقدة الالتزام بالجزاءات المنصوص عليها في العقد وعدم استبدالها بجزاءات أخري غير المنصوص عليها. أما لو خلا العقد من تحديد جزاء للمخالفة المرتكبة من جانب المتعاقد فان الجهة المتعاقدة تملك اختيار الجزاء المناسب[1].

ولقد أقر القضاء المصري أيضا الحق للجهة الإدارية المتعاقدة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة للجوء الي القضاء سواء كان الجزاء منصوص عليه في العقد أو غير منصوص عليه وسواء كان الجزاء مالي أو جزاءات ضاغطة أو جزاء الفسخ. فإمكانية اللجوء الي القضاء سلطة مقررة لجهة الإدارة تستطيع استخدمها بأن تلجأ الي القضاء لتطالبه بتوقيع جزاء علي المتعاقد معها أو عدم استخدمها بأن توقع الجزاء بنفسها دون حاجة الي اللجوء الي القضاء[2]. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "يثبت دائما لمانح الالتزام بجانب هذه الجزاءات إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالا جزئيا أو كليا، أو إذا توافر شرطين أولهما: أن يرتكب الملتزم مخالفة

---

(١) محكمة إدارية عليا، ٢٥ ديسمبر ٢٠٠١، طعن رقم ٣٣١٠ لسنة ٤٥ ق.

(٢) محكمة القضاء الإداري، ١٧ مارس ١٩٥٧، السنة ١٠، ص ٢٧١؛ حكم المحكمة الإدارية عليا، ٢١ مارس ١٩٧٠، السنة ١٥، ص ٢٢٢.

جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام، وثانيهما وجوب إنـذار الملتزم قبل توقيع الجزاء. وقد توافر الشرطان السابقان في النزاع الماثل ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة بل يكفي فيه قـرار مـن مـانح الالتزام"[١]. ولكن في فرنسا نجد أن جزاء الإسقاط فـي عقـد الامتيـاز لا تستطيع الجهة الإدارية المتعاقدة توقيعه بإرادتها المنفردة بل لابد من اللجـوء الي القاضي الإداري[٢].

ثانيا: سلطة الجهة الإدارية في الجمع بين عدة جزاءات

يجوز للجهة الإدارية أن تجمع بين أكثر من جزاء في وقت واحد ولكن ذلك مشروط بعدم النص في العقد علي حظر الجمع بين أكثر من جزاء وأن يكون السبب في كل جزاء مستقل عن السبب في الجزاء الأخر.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "لا تلازم بـين توقيـع

(١) حكم المحكمة الإدارية عليا، ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧، مجموعة ١٩٦٥-١٩٨٠، الجزء الثاني، ص ١٩٢٤، بند رقم ١١١.

(2) C.E., Sect., 21 novembre 1980, Syndicat intercommunal d'organisation de la station de sports d'hiver de Peyre sourde-Balestas, Rec., p. 438 ; AJDA 1981, p. 270 ; dans le même sens, C.E., 20 janvier 1905, Compagnie départementale des Eaux, Rec., p. 56, concl. Romieu ; C.E., 17 novembre 1944, Ville d'Avallon c/ sieur Fointiat, Rec., p. 294 ; TA de Clermont-Ferrand, 29 mai 1986, Jarry, CJEG 1986, p. 320, note A. Bonnet.

غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة وإلزامه بالتعويض- غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب سواء ترتيب على هذا التأخير أضرار أصابت جهة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرار - يستلزم لتحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه"(١).

إذا كان من حق الجهة الإدارية فسخ العقد ومصادرة التأمين بالإرادة المنفردة دون حاجة للجوء الي القضاء إذا أخطأ المتعاقد معها خطأ عقديا، كما يجوز لها المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء هذا الخطأ العقدي، ولكن إذا لجأت الجهة الإدارية الي توقيع جزاء الفسخ فلا يجوز لها أن تلجأ الي إعادة طرح العملية علي حساب المتعاقد وذلك لأن الفسخ يترتب عليه إنهاء العقد واللجوء الي التنفيذ على حساب المتعاقد يفترض وجود العقد ونظرا لتعارض النتائج بين الجزاءين فلا يجوز الجمع بينهما.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري ومصادرة التامين النهائي إذا أخطا المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الالتجاء الى القضاء باعتباره امتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض - وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية.

---

(١) محكمة إدارية عليا، ٢٨ أكتوبر ١٩٩٧، طعن رقم ٣٧٦١ لسنة ٤١ ق، ص ١٩٥.

التنفيذ على الحساب هو وسيلة الإدارة فى تنفيذ الالتزام عينا - هو تنفيـذ تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد وتحت مسئوليته الماليـة بحيـث يتحمل المتعاقد المقصر فى التنفيذ بفروق الأسعار تطبيقا لقاعدة تنفيذ الالتـزام عينا - لا يعتبر التنفيذ على الحساب عقوبة عقدية ولكنه إجراء تـستهدف بـه الإدارة ضمان سير المرافق العامة باطراد. وإذا لجأت جهة الإدارة الى توقيـع جزاء الفسخ فانه يجب ان تقف عند توقيع هذا الجزاء دون ان تجعله مـصحوبا بإعادة طرح العملية على حساب المتعاقد المقصر وتحميله بالنتائج المالية لعملية أساس ذلك تعارض النتائج المترتبة على فسخ العقد مع نتائج التنفيـذ علـى الحساب - جزاء فسخ العقد يترتب عليه انهاء العقد فى حين ان التنفيـذ علـى الحساب يكون العقد قائم ومنتجا اثاره - فلا يجوز الجمع بينهما"[١].

ثالثا: سلطة الجهة الإدارية في اختيار الجزاء ووقته

باستثناء حالة النص علي إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء علي المتعاقد معها في وقت معين، فإن الجهة الإدارية تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان حسن سير المرفق العام، ومن ثم فإنه لا تثريب عليها إذا رأت فى حدود سلطتها التقديرية أن تتريث فى إيقاع الجـزاء

---

(١) محكمة إدارية عليا، ٣١ أكتوبر ٢٠٠٠، طعن رقـم ٣٧٥٩ لـسنة ٤٣ ق؛ نفـس المحكمة ٢٦ يونيو ٢٠٠١ الطعنان رقما ٦٣٥٧ و ٦٤٠٣ لسنة ٤٣ ق؛ ٢٩ يونيو ١٩٩٩، طعن رقم ٣٣٧٨ لسنة ٤٢ ق.

بالمتعاقد المقصر حتى يفئ إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته وقد يكون فى هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة إذا كان فى أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ[1].

ومن ناحية أخري، فإن للجهة الإدارية سلطة تقديرية في تحديد الجــزاء الملائم، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة من أي قيد. فقد ينص في العقد علي توقيع جزاء معين في حالة ارتكاب مخالفة معينة، وفي هذه الحالة لا يجــوز للجهة الإدارية توقيع جزاء أخر غير المنصوص عليه في العقد، كما لا يجوز للجهة الإدارية توقع أشد الجزاءات إلا في حالة ارتكاب مخالفة جسيمة مــن قبل المتعاقد[2].

وأخيرا، إذا كان من حق الجهة الإدارية توقيع غرامة التــأخير لمجــرد تأخير المتعاقد في التنفيذ دون حاجة لإحداث الضرر، إلا أنه يجــوز للجهــة الإدارية المتعاقدة إعفاء المتعاقد معها من هذا الجزاء كله أو بعضه، أخذا في الاعتبار الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وعدم إحداث أي ضرر للمــصلحة العامة نتيجة التأخير في التنفيذ. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليــا بأنه" ولئن كان من المبادئ المسلمة فى فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير فى العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود فى المواعيد المتفق عليهــا

(١) محكمة إدارية عليا، ٢٠ مايو ١٩٦٧ ، طعن رقم ٩٨٨ لسنة ٩ ق، ص ١٠٨٥.
(٢) د. محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٦١٩.

حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها فى تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله، على اعتبار أن جهة الإدارة فى تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ فى هذه المواعيد دون أى تأخير. لئن كان ما تقدم كله هو الأصل إلا أنه من المسلم كذلك أن إقصاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها أن تقدر الظروف التى يتم فيها تنفيذ العقد، وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها فى العقد كلها أو بعضها بما فى ذلك غرامة التأخير إذا هى قدرت أن لذلك محلاً، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أى ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف، وقياساً على هذا النظر، فإن الإدارة إذا أقرت - صراحة أو ضمناً - بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد فى المواعيد المتفق عليها ترتيباً على أن تنفيذ العقد فى هذه المواعيد كان غير لازم، فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير[1].

بعد أن عرضنا لبعض مظاهر تمتع الجهة الإدارية المتعاقدة بسلطة

---

(١) محكمة إدارية عليا، ٢١ مارس ١٩٧٠، طعن رقم ٢٦٠ لسنة ١٢ ق.

تقديرية في ابرام عقودها وتنفيذها، نجد أن جهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في أن تتعاقد أو ألا تتعاقد حسبما تقضي ظروف المرفق العـــام والمـــصلحة العام. وإذا تعاقدت الجهة الإدارية، فلا يعني ذلك أنها ملزم بالعقد مدى الحياة بل يجوز لها تعديله بالإرادة المنفردة ويجوز لها الفسخ لاعتبارات المـــصلحة العامة مع اعطاء الحق للمتعاقد في التعويض إذا كان له مقتضى.

الخاتمة

لقد انتهينا من دراسة بحثنا المعنون بمدى دستورية حريــة الإدارة فــي التعاقد وذلك من خلال ثلاث فصول سبقهما مقدمة عامة.

ففي الفصل الأول تناولا الأساس القانوني لمبدأ حريــة التعاقــد، حيــث عرضنا في المبحث الأول لدور سلطان الإرادة في إرساء مبدأ حرية التعاقــد من خلال بيان ماهية سلطان الإرادة وتاريخ ظهوره باعتباره أحــد الأســس القانونية لحرية التعاقد. ثم عرضنا لدور سلطان الإرادة في إبرام العقود.

وفي المبحث الثاني تناولا دور المشرع الدستوري في إرســاء مبــدأ حرية التعاقد، حيث تطرقناً لدور الإعلان الفرنسي لحماية حقــوق وحريــات المواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ في إرساء مبدأ حريــة التعاقــد، ثــم عرضناً لدور المشرع الدستوري الفرنسي والمصري في إرساء هذا المبدأ.

وفي الفصل الثاني من دراستناً تناولا دور القضاء الدستوري سواء فــي فرنسا أم في مصر في إرساء مبدأ حرية التعاقد. حيث عرضناً في المبحــث الأول من هذا الفصل لموقف القضاء الدستوري الفرنسي من هذه الإشــكالية حيث تردد في البداية، في الفترة السابقة علي عام ١٩٩٤، فــي الاعتــراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد من عدمه، إلا أنه أقر في حكمه الصادر فــي ٣ أغسطس ١٩٩٤ بأنه ما من قاعدة دستورية تحمي حرية التعاقــد. ولكنــه عدل ضمنياً عن هذا القضاء في العديد من أحكامه اللاحقة علي عام ١٩٩٤،

التي تؤكد على القيمة الدستورية لحرية التعاقد استناداً لنص المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩، والتي أكدت عليها مقدمة دستور فرنسا الحالي الصادر عام ١٩٥٨، وذلك حماية لاقتصاديات العقود سارية المفعول وحماية للرغبة في التعاقد.

ثم عرضاً لموقف القضاء الدستوري المصري من الاعتراف بالحماية الدستورية لحرية التعاقد. حيث نجد أن المحكمة الدستورية العليا أكدت على الحق في التعاقد باعتباره مبدأ ذا قيمة دستورية، وذلك باعتباره من الحقوق الطبيعية وهي مصونة لا تمس، ولكن هذا لا يمنع من تدخل المشرع لفرض بعض القيود على ممارسة هذا الحق، وذلك من أجل حماية المصالح العامة للمجتمع دون أن يؤدى هذا التدخل التشريعي إلى إلغاء هذا الحق أو انعدم دوره في الاختيار أو التقرير. هذا الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد أكدته العديد من أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر منذ تاريخ إنشائها حتى الآن، بعكس المجلس الدستوري الفرنسي كان مترددا في البداية في الاعتراف بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد.

وفي الفصل الثالث من دراستنا تناولاً النظام القانوني لحرية الإدارة في التعاقد، حيث تم تقسيم هذا الفصل إلي مبحثين تناولا في المبحث الأول مظاهر حرية الإدارة في إبرام التعاقد. حيث اتضح لنا من هذه الدراسة أن جهة الإدارة لا تملك حرية واسعة، كما هو الشأن في القانون المدني، في اختيار المتعاقد أو التفاوض معه أو مناقشته، فلا يجوز لها- طبقا لقانون

المناقصات والمزايدات، أن تتفاوض إلا مع المتعاقد الذي حددته لها لجنة البت وفق إجراءات وقواعد رسمها القانون، تحقيقا للعدالة ومراعاة لاعتبارات المصلحة العامة، وإن كان للإدارة الحق في إلغاء المناقصة والاستغناء عنها لاعتبارات المصلحة العامة.

كما أن حرية الإدارة في التفاوض تتسع وتضيق وفقا لنوع العقد وأهميته والأسلوب المتبع في إبرامه، حيث تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار المتعاقد معها في عقود امتياز المرافق العامة وعقود البوت حيث لم يلزمها المشرع باتباع أحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية.

كما عرضاً لموقف مجلس الدولة سواء في فرنسا أم في مصر بشأن الاعتراف بحرية الإدارة في ابرام العقد وتحديد مضمونه وشكله. حيث تبين لنا أن مجلس الدولة الفرنسي والمصري اعترف لجهة الإدارية بحرية التعاقد، حيث استقرت أحكامه بالاعتراف بحق الإدارة في أن تتعاقد أو ألا تتعاقد حسبما تقضي ظروف المرفق العام أو المصلحة العامة. واستقر القضاء الإداري على أنه لا يجوز تقيد حرية التعاقد بنص لائحي لم يرد ذكره في القانون حيث يملك المشرع وحده سواء العادي أم الدستوري تقييد سلطات الإدارة في التعاقد لاعتبارات المصلحة العامة والنظام العام. كما أن لجهة الإدارة الحرية في تحديد شكل ومضمون التعاقد ما لم يرد نص قانوني يقيد ذلك أو يضع ضوابط لتحديد مضمون التعاقد وشروطه.

وأخيراً، تناولاً مظاهر حرية الإدارة في تنفيذ تعاقدتها، حيث تتمتع جهة الإدارة بحرية واسعة في تنفيذ عقودها الإدارية، من خلال تعديل العقد بالارادة المنفردة وتوقيع جزاء علي المتعاقد معها التى تعتبر من الامتيازات والسلطات الاستثنائية التي لا توجد في علاقات القانون الخاص.

وبعد أن انتهينا من دراستنا هذه للاعتراف لجهة الإدارة بالحماية الدستورية لحرية التعاقد، فإننا نوصي بما يلي:

أولا: ضرورة تدخل المشرع الدستوري سواء في فرنسا أم في مصر للنص صراحة على حرية التعاقد باعتبارها مبدأ ذو قيمة دستورية، وهذا النص يمكن الإشارة إليه صراحة في دستور جمهورية مصر العربية المنتظر صدوره بعد الانتخابات التشريعية في عام ٢٠١٢، ومن ثم لم تكن هناك مشكلة من معالجة هذا الموضوع صراحة في دستور مصر الجديد.

ثانيا: نهيب بالمجلس الدستوري الفرنسي بإصدار حكما يؤكد فيه صراحة علي القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد استناداً للمادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ ومقدمة دستور فرنسا الحالي الصادر عام ١٩٥٨، وقياسا علي أحكامه في مجال حرية التنقل والحرية المهنية والحق في الملكية.

قائمة المراجع[1]

أولا: المراجع باللغة العربية:

- أحمد عبد الرحمن، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، القاهرة، ١٩٨١.
- أحمد يسري، حقوق الإنسان وأسباب العنف في المجتمع الإسلامي في ضوء أحكام الشريعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣.
- أشرف عبد الفتاح أبو المجد، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية، دراسة تطبيقية علي النظام الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- السيد عبد الحميد علي فوده، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، بدون تاريخ.
- أنور سلطان، الوجيز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠.
- ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، ١٩٧٢.
- ثروت عبد العال، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

---

(١) مع حفظ الألقاب العلمية.

- جابر نصار، عقود امتياز البوت والتطور الحديث لعقود الامتياز، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط ٦، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣.
- حمدي عبد الرحمن، المدخل إلي القانون، دار الفكر العربي، ١٩٧٧.
- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، دار الفكر الجامعية، ٢٠٠٧.
- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، ط ١، ٢٠٠٢.
- رضوان السيد راشد، الإجبار على التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القانون، ١٩٩٨.
- زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨١.
- سعاد الشرقاوي، تحرير الاقتصاد ودستور ١٩٧١، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٩١.

- صلاح الدين فوزي محمد، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- عادل بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية، المجلد الأول، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، القاهرة، ١٩٧٨.
- عبد الحميد متولي، الإسلام ومبادئ نظام الحكم في الماركسية والديمقراطيات الغربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١.
- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة متعمقة مقارنة بالفقه الإسلامي، بدون دار نشر، ١٩٨٤.
- عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود امتياز المرافق العامة طبقا لنظام البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- علي حسن نجيده، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والخمسون، ١٩٨٥، ص ١٤٥.
- فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٧٤.
- فتحي فكري، القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة، بدون دار نشر، ٢٠٠١.

- كريم يوسف أحمد، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧.

- مجدي مدحت النهري، مبادئ النظم السياسية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

- محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٤.

- محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دراسة تحليلية مقارنة لاتجاه المجلس الدستوري الفرنسي بحكمه الصادر في ١٩٩٤/٨/٣، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

- محمد عبد الحميد أبوزيد، دوام سير المرافق العامة، دراسة مقارنة، ١٩٧٥.

- محمد كامل ليله، النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، ١٩٧٠.

- محمد محمد عبد اللطيف، النظم السياسية، ط١، الكويت، ١٩٩٧.

- محمد عبداللطيف، التفويض في المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المـــدني المصري، مصادر الالتزام، ج ١، ط٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦.

- محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١- ١٩٨٢.

- مصطفي كامل محمد علي، الشروط والإجراءات الـسابقة علـــي عمـــل السلطة المتعاقدة وآثارها علي عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

- منصور محمد أحمد، العقود الإدارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

- موريس صادق، قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

- ALCARAZ (A.), " Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003: Illustration des limites du contrôle de constitutionnalité", RFDA 2009, p. 497.
- AUBY J.-F., Les services publics locaux, coll. Administration locale, Berger-Levraut, 1997.
- AUCOC L., Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées, t. II, 3e éd., Paris, 1886.
- AUTIN J.-L. et C. RIBOT, Droit administratif générale, 2e éd., Litec, 2003.
- B.M. et M.V. note sous la décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 30, LPA, 2 avril 2003, n° 66, p. 18.
- B.M. et M.V., note sous la Décision - 2001-451 DC - Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles du 27 novembre 2001, chro., n° 28 2e partie, LPA, 17 septembre 2002, n° 186.

- BADAOUI S., Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, Th., Paris, 1954.
- BARBRY (É.) et OLIVIER (F.) "La responsabilité sur Internet", Semaine juridique (J.C.P.), 2000, Act., 27 septembre 2000, p. 1739.
- BLUM L., concl. sur C.E., 11 mars 1910, Compagnie générale française des Tramways, Rec., p. 218 ; D. 1912, 3, p. 49, concl. L. Blum ; GAJA 13e éd., Dalloz, 2001, n° 23, p. 34.
- BOITEAU C., «Délégation de service public», JCA 2002, fasc. n° 662, p. 13.
- BONNARD R., Précis de droit administratif, 4e éd., 1943.
- BOULOUIS (J.), note sous l'arrêt cons. Constit., n° 82-137 DC et n° 82-138 DC du 25 février 1982, AJDA, 1982, p. 303.
- BOULOUIS (J.),, " Réflexions et commentaires: Une nouvelle conception institutionnelle de l'administration territoriale", AJDA, 1982, p. 304.
- BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.) et RICCI (J.-C.),

Droit des collectivités territoriales, PUF, coll. Thémis, p. 136.

- BRECHON-MOULENES (Ch.), " Liberté contractuelle des personnes publiques", AJDA 1998, p. 643.
- BRONDEL (S.), "LOPPSI II : pas de salles d'audience en centre de rétention", Décision rendue par Conseil constitutionnel, 10 mars 2011, n° 2011-625-DC, AJDA, 2011, p. 532.
- BROUSSOLLE (D.), " La S.C.N. et Les transports intérieurs", AJDA, 1983, p. 236; D. 1984, IR, p. 468-471.
- BROUSSOLLE (Y.), " Le paradoxes du Principe de la liberté contractuelle" J.C.P., 1995, n° 13, p. 121.
- BRUERE J.-Ch., « Le consensualisme dans les contrats administratifs », RDP 1996, p.1715 et s.
- CAMBY (J.-P.), " Le contrôle de la loi de finances pour 2003 par le Conseil constitutionnel entre constitutionnalité et proportionnalité: propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 décembre 2002" LPA, 05 mars 2003 n° 46, P.8.
- CARRE DE MALBERG (R.), Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey, Paris, 1920, rééd., CNRS, T.1, Paris, 1962.

- CHARTIER (F.), "Les nationalisations. Problèmes juridiques en France et dans le Monde", Gazette du palais, 1981, p. 448.
- CHRISTOPHLE A., Traité théorique et pratique des travaux publics, t. II, 2e éd., Chevalier-Marescq, Paris, 1890.
- CORNEILLE L., concl. sur C.E.8 février 1918, Société d'éclairage de Poissy, RDP 1918, p. 246.
- DE LAMOTHE (O.-D.), "Droits fondamentaux et interprétation du contrat: le regard du juge constitutionnel", AJDA, 12 janvier 2007, 1-5.
- De LAUBADERE (A.), F. MODERNE et P. DEVOLVE, Traité des contrats administratifs, T. I, 1983.
- DE LAUBADERE A., « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », RDP 1954, p. 59.
- DE LAUBADERE A., F. MODERNE et P. DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, t. II, LGDJ, Pairs, 1984.
- DE LAUBADERE A., note sous C.E. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, D. 1958, p. 730.

- DE STREEL (A.), La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence, éd. Kluwer, p. 255.
- DE VILLIERS (M.), "Du principe des nationalisations - Contrôle minimal de constitutionnalité et erreur manifeste", Revue administrative, 1982, p. 153.
- DEBBASCH Ch., Droit administratif, 6e éd., Economica, 2002.
- DELPECH (X.), "La liberté d'association cède devant la liberté contractuelle", obs., D. 14 mai 2010.
- DEPUIS G., Les privilèges de l'administration, Th., Paris, 1962.
- DREYFUS (J.-D.), "Code des marchés et PME: Le choix de la discrimination positive", AJDA, 2006, p. 1769.
- DREYFUS (J.-D.), "Marches à procédure adaptée : liberté en trompe-l'œil pour les personnes publiques en matière de publicité", AJDA, 2005, p. 2128.
- DREYFUS J.-D., Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques, L'Harmattan, Paris, 1997.
- DUFAU J., « Concessions de service public », JCA, fasc. 350, n° 124.

- DUGUIT (L.), Etudes des droit public, A. Fontemoing, T.1, Pairs, 1901.
- DUGUIT L., Traité de droit constitutionnel, t. III, 3é éd., 1930.
- DUHAMEL (O.), Droit constitutionnel et politique, Seuil, Paris, 1993.
- DUPUIS G., M.-J. GUÉDON et P. CHRÉTIEN, Droit administratif, 6e éd., Dalloz, 1998.
- EGEA (V.), "Droit à l'image d'un mannequin et liberté contractuelle", obs., D., 14 mai 2010, p.33.
- EISENMANN (C.), Cours de droit administratif, 1949-1950, LGDJ, Paris, 1983.
- ETIEN (R.), note sous l'arrêt cons. Constit., n° 82-137 DC et n° 82-138 DC du 25 février 1982, Rev. Adm., 1982, p. 352.
- FAURE (B.), "Existe-t-il un pouvoir local au droit constitutionnel français?", RDP, 1996, p. 1539.
- FAVOREU (L.) et PHILIP (L.) Nationalisations, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2009.
- FAVOREU (L.) et ROUX (A.), " La libre administration

des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ?", Cah. Cons. Const., 2002, n 12, p. 88.

- FAVOREU (L.), " Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales, in la nouvelle décentralisation", Sirey, 1983.
- FAVOREU (L.), " Libertés locales et libertés universitaires", RDP, 1984, n° 3.
- FAVOREU (L.), "Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations", RDP, 1982, p. 377-433.
- FAVOREU (L.), "Loi sur les 35 heures", D., 2000, somm., p. 60.
- FAVOREU (L.), Commentaire de la décision N° 97-388 DC du 20 mars 1997, Fonde de pension, RFDC, 1997, p. 208.
- FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.) et autres, Droit constitutionnel, ed. 6, Dalloz, 2003.
- FAVOREU (L.), note sous l'arrêt cons. Constit., n° 82-137 DC et n° 82-138 DC du 25 février 1982, RDP, 1982, p. 1259.
- FAVRE (J.) et TARDIVEL (B.), " Recherches sur la

catégorie jurisprudentielle de libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle", Chronique constitutionnelle, RDP, septembre-octobre 2000, p. 1411.

- FRAISSEIX (P.), " Les droits fondamentaux prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ?", Chronique constitutionnelle, RDP, mars-avril 2001, p. 531.
- FRAISSEIX (P.), "Les droits fondamentaux prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ?", Chronique constitutionnelle, RDP, mars-avril 2001, p. 531.
- FRANCK (C.), "Loi de modernisation sociale : La nouvelle définition du licenciement économique porte atteinte à la liberté d'entreprendre", Semaine juridique (J.C.P.), 2002 (24), pp. 1096-1100.
- FURTUNA A., *Le fait du prince*, Th., Paris, 1924.
- GAHDOUN (P.-Y.), La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, préface de Dominique Rousseau, Dalloz, 2008.
- GALLOUX (J.-Ch.), Responsabilité civile et pénale des hébergeurs: le législateur doit revoir sa copie,

Communication commerce électronique, 1 septembre 2000 (8), pp. 20-21.
- GAY (L.), "Liberté d'entreprendre et licenciement", Dalloz, 2003 (17), pp. 1129-1130.
- GEFFRAY (E.), " L'application aux contrats en cours de dispositions nouvelles sur la duree des contrats", concl. sur C.E., 8 avril 2009, COMPAGNIE GENERALE DES EAUX, Req. N° 271737, RFDA 2009, p. 449.
- GENEVOIS B., concl. sur C.E., 9 décembre 1983, S.A. d'étude, de participation et de développement, RFD adm. 1984, n° 0, p. 39 et notamment p. 44.
- GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit prive positif, 1e éd., 1899.
- GHELLAL A., Recherche sur la notion d'effet impératif des actes administratifs unilatéraux, Th., Montpellier, 1973.
- GIACOPELLI-MORI (M.), "L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés", RTD civ., 2001, p. 505.
- GICQUEL (J.), Droit constitutionnel et institutions politiques, 17e éd., Montchrestien, 2001.

- GLASER (E.) "Les habits neufs du juge du contrat", AJDA, 2011, p. 310.
- GOUNOT (E.), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse, Dijon, 1912.
- GRAND (R.), " La liberté contractuelle à l'épreuve des pouvoirs de police", AJDA, 2011, p. 307.
- HASTINGS-MARECHADIER (A.), " Les contrats de droit prive des personnes publiques et la liberté contractuelle", AJDA 1998, p. 683.
- HAURIOU (A.), "Le pouvoir discrétionnaire et sa justification", Mélanges Carre de Malberg, Sirey, Paris, 1933, p. 237.
- HAURIOU (M.) et G. de BEZIN, 'De la déclaration de volonté dans le droit administratif français', RTD civ., 1903, p. 546.
- HAURIOU (M.), «De la personnalité comme élément de la réalité sociale», RDP, 1898, 18, p. 12.
- HAURIOU M., note sous C.E., 27 juin 1913, Ville de Toulouse, S. 1915, 3, p. 17.
- HENRI CHALVIDAN P. et Ch. HOUTEUR, Droit administratif, éd. Nathan, 1995.

- HESLAUT (J.), "Acteurs de l'Internet, responsables mais pas coupables", LPA, 2000 (177), 5 septembre 2000, p. 4.
- HOEPFFNER (H.), "La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire", RFDA, 2011, p. 98.
- JACQUINOT (N.) "Liberté de communication", Dalloz, 2001 (23), somm., pp. 1838-1839.
- JANICOT (L.) "La rationalisation manquée des groupements d'intérêt public", AJDA, 2011, p. 1194.
- JEZE G., «Le régime juridique du contrat administratif», note sous C.E., 5 janvier 1944, Saintard ; C.E., 21 janvier 1944, Léoni et C.E., 21 janvier 1944, Sté d'entreprise, RDP, 1945, p. 251 et s.
- JEZE G., Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics, Marcel Giard, Paris, 1932.
- L.B.P. et B.M. note sous décision n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002 Loi de finances pour 2003, chro. De jurisprudence constitutionnelle n° 30, LPA, 2 avril 2003, n° 66, p. 18.
- L'HUILLIER J., «Les contrats administratifs tiennent-ils

lieu de loi à l'Administration», D.1953, chro. XVII, p. 18 et s.

- LACHAUME J.-F., Droit administratif, 13e éd., PUF, 2002.
- LAJOYE (CH.), " De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle", CRDF, n° 1, 2002, p. 117.
- LALLET (A.), "Résilier n'est pas jouer : l'action en reprise des relations contractuelles", AJDA, 2011, p. 670.
- LAURANS (Y.) 'La caducité des contrats administratifs', RFDA, 2011, P. 495.
- LENOIR (N.), Le métier de juge constitutionnel– Entretien avec Noëlle Lenoir, Le débat, mars 2001, p. 178.
- LEONARD (P.), "De la constitutionnalité des nationalisations", Gazette du palais, 1981, p. 440.
- LEPAGE (A.), "Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur internet. La loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement", Dalloz, 2001 (4), pp. 322-327.
- LEVENEUR (L.), " La liberté contractuelle en droit privé: les notions des base (autonomie de la volonté,

liberté contractuelle, capacité...", AJDA, 1998, p. 676 et s.

- LEVENEUR (L.), "Le contrat: liberté contractuelle et sécurité juridique", n° spéc., LPA, 6 mai 1998, n° 54.
- LIEBER (S.- J.) et BOTTEGHI (D.), " La loi Sapin et la limitation de la durée des délégation de service public: une application immédiate à effet diffère", AJDA 2009, p. 1090.
- LUCHAIRE (F.), " La décentralisation dans les DOM", AJDA, 1983, p. 120.
- LUCHAIRE (F.), " Les fondements constitutionnels de la décentralisation", RDP, 1982, p. 1543.
- LUCHAIRE (F.), "Les fondements constitutionnels du droit civil", RTD civ., 1982, p. 245.
- LUCHAIRE (F.), La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica, 1987.
- LÜTHJE U., La technique juridique du contrat administratif en droit comparé, Idoux, 1963.
- MAHOUCHI (M.), La liberté contractuelle des collectivités locales, The., Aix-en-Provence, 2001.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE NO 19

MARS-JUILLET 1998, LPA, 02 décembre 1998 n° 144, P. 18.

- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), Chronique de jurisprudence constitutionnelle, LPA, 28 avril 1995, n° 51, p. 6.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, LGDJ, 2002.
- MATHIEU (B.), " Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme", D., 1995, chron., p. 211.
- MATHIEU (B.), commentaire de la décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, LPA, n° 125, p. 13.
- MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), AIVAZZADEH (S.) et BAGHESTANI-PERREY (L.), note, CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE NO 23 NOVEMBRE 1999 - JANVIER 2000 (1RE PARTIE), LPA, 26 juillet 2000 n° 148, P. 11.
- MATHIEU (M.), VERPEAUX (M.), ROBBE (F.) et autres, Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 26, 2e partie, LPA, 1er août 2001, n° 152, p. 15.

- MAUGUE (Ch.), "Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs", AJDA, 1998, p. 694.
- MAUGÜE Ch. et SCHWARTZ, chro. sous C.E., 13 mai 1992, Commune d'Ivry-sur-Seine et C.E., 25 mai 1992, Département de l'Héraut, AJDA 1992, p. 481.
- MERLAND (G.), L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, LGDJ, 2004, spéc., p. 200.
- MESTRE (J.), chronique de jurisprudence, RTD civ. I, janvier-mars 1998, p. 99-100.
- MODERNE (F.), "La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ?", RFDA, 2006, p. 2.
- MOLFESSIS (N.), "Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil", RTD civ., 1998, 3, p. 796.
- MOLFESSIS (N.), Chronique de jurisprudence, RTD civ., juillet-septembre 1998, p. 79.
- MOLFESSIS (N.), Les sources constitutionnelles du droit des obligations, in Le renouvellement du droit des obligations, LGDJ, 1996, p. 65.
- MOREAU J., « Les matières contractuelles », AJDA 1998, p. 747 et s.

- MOUSSERON (J.-M.), "Un principe de départ, la liberté contractuelle", JCP, E., 1995, n° 20-21, p.5.
- MURIEL (G.-M), "L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorces", RTD civ., 2001, p. 505.
- OBERDORFF (H.), " A propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789", RDP, 1989, p. 665.
- OUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), "La sécurité juridique: le point de vue du juge constitutionnel, in sécurité juridique et complexité du droit", Rapport 2006 du Conseil d'Etat, p. 369.
- PASTOR (J.-M.), "Application de la loi Sapin aux délégation de service public antérieures", Obs., D., 20 avril 2009.
- PAULIAT H., « Concessions de travaux publics » in « Droit de l'administration », Dalloz, Paris, 2000, n° 1194, p. 164.
- PEQUIGNOT G., Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Th., Montpellier, 1945.
- PHILIP (L.), "Les garanties constitutionnelles du pouvoir financier local", RFDA, 1992.

- PHILIP (L.), commentaire de la décision conseil constitutionnel n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, RFDC, 2001, p. 129.
- PHILIPPE X., Droit administratif général, 2e éd., Libraire d'Aix-en-Provence et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1996.
- PICARD (E.), "La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?", AJDA, 1998, p. 651.
- PONTIER (J.-M), "La personnalité publique, notion anisotrope", RFDA, 2007, p. 979.
- RANOUIL, (V.), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980.
- RENEAUD (F.) "La liberté d'entreprendre aurait-elle un "coût". A propos du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 janvier 2002 sur l'article 107 de la loi de modernisation sociale", AJDA, 2002 (18), pp. 1163-1167.
- RIBES (D.), "Le législateur, la protection sociale et la libre entreprise", Revue française de droit constitutionnel, 2002 (49), pp. 174-181.

- RICHER (L.), Les droits de l'homme et du citoyen, Economica, Paris, 1982.
- RICHER L., Droit des contrats administratifs, 2e éd., LGDJ, Paris, 1999.
- RIVERO (J.), "Ni lu, ni compris?", AJDA, 1982, p. 209-214.
- RIVERO (J.), Le conseil constitutionnel et les libertés, 2e éd., Economica, 1987.
- RIVERO (J.), Les mesures d'ordre intérieur administratives: Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics, thèse, Sirey, Paris, 1934.
- ROHAN (P.-A.) et LEONETTI (R.), "Bail emphytéotique administratif et intérêt général", AJDA, 2011, p. 510.
- ROUHETTE (G.), " Droit de la consommation" et théorie générale du contrat, in Etudes offertes à René Rodière, Dalloz, 1981, p. 247.
- ROUHETTE (G.), Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965.
- ROUSSEAU (D.), " Le principe de libre administration

locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire", RFDA, 1995, p. 876.

- ROUSSEAU (D.), Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1993-1994, RDP, 1995, p. 51.
- ROUSSEAU (D.), Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1996-1997, RDP, 1998, p. 42.
- ROUSSEAU (D.), chronique de jurisprudence constitutionnelle 1997-1998, RDP, 1999, p. 47.
- ROUSSET M., Droit administratif – I. L'action administrative, Presses Universitaires de Grenoble, 1994.
- ROUTHETTE (G.), " Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France", cite par MODERNE (F.), " La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ?", RFDA, 2006, p. 2.
- ROUX (A.), " Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales", RFDA, 1992, p. 453 et s.
- ROUX (A.), " Le statut constitutionnel des collectivités locales", RFDA, 1992, p. 435.
- SALES (E.), " Faut-il modifier la loi du 1er juillet 1901?", LPA, 21 décembre 2001 n° 254, P. 28.

- SAUNIER (S.), "L'autonomie de la volonté en droit administrative français : Une mise au point", FRDA, 2007, p. 609.
- SCHOETTL (J.-E.), "commentaire de la décision conseil constitutionnel" n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, LPA, n 255, p.11.
- SCHOETTL (J.-É.), "La nouvelle modification de la loi 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication: dernier épisode en date d'un feuilleton constitutionnel", LPA, 31 juillet 2000 (151), p. 12.
- SCHOETTL (J.-E.), "L'EXAMEN PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA LOI RELATIVE A LA REDUCTION NEGOCIEE DU TEMPS DE TRAVAIL", LPA, 19 janvier 2000 n° 13, P. 6.
- STIRN (B.), " La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administrative ?", AJDA 1998, p. 673.
- TERNEYRE (Ph.), " La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel", AJDA, 1998, p. 667.
- TERNEYRE (Ph.), " Secteur public et concurrence: la convergence des principes à propos de la liberté contractuelle", AJDA, 2007, p. 1906.

- VEDEL (G.), Essai sur la notion de cause en droit administrative français, thèse, Sirey, Paris, 1934.
- VEDEL G., Cours de droit administratif, Licence, 2e année, 1952.
- VEGLERI Ph. Th., Des modifications apportées par l'administration à ses contrats : Étude de jurisprudence administrative, Th., Paris, 1927.
- VERPEAUX (M.), "Voie de fait et liberté fondamentale", AJDA, 2008, p. 885.
- VERPEAUX (M.), note sous C.E., Sec., 18 janvier 2001, Commune de Venelles c/ M. Morblli, "Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté", RFDA, 2001, p. 681.
- YANNAKOPOULOS C., La notion de droits acquis en droit administratif français, LGDJ, Paris, 1997.

قائمة المحتويات

مدى دستورية حرية الإدارة فى التعاقد

دراسة مقارنة



dar.elfker@hotmail.com

دار الفكر و القانون

المنصورة

ت : ٠٥٠/٢٢٣٦٢٨١ موبيل : ٠١٠٠٦٠٥٧٧٦٨